فهرس الهداية منظوما على ترتيب كما في الوافي للشيخ تاج الدين السبكي رحمه الله

تطهر وصل وزك وصم وحج ونكح ورضاع ولا

تطلق واعتق وحلف وحد وللسرق اقطع وسر مجملا

ورب اللقيط وال تلتقط وتقطف خذ آبق ارتد كلا

وراع المفقود وشارك وقف وتحمل به الدفتر الآدلا

وبايع وصارف وكفل اصل قضاء الشهادة وارجع الى

وكالة دعوى مقر بصلح وضارب واودع أعر مغفلا

وهبت ثم آجر وكاتب وول واكره على حجر اذن ولا

تك غاصبا ثم كن شافعا وقاسم وزارع وساق الى

ذبائح اضحية كارها موات شرب وصيد الكلا

وللرهن اتبع جنايات من ودى عاقلا موصيا مشكلا

فسبعا وخمسين كتب الهداية [illegible] نظمها سوجزا كملا

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاج بشير آغا دار السعادة الشريفة
لسنة ثمان عشر
ومائة وألف

٤٠٥

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرة مولانا صاحب الخيرات الحسان
باذل الجود والاحسان منور مصابيح المقاصد بانوار العنايه مفتح معاقد المراصد بمفتاح الكفايه
جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع البر الاكمل الا وهو اغا دار السعاده
الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير من هو على كل شيء قدير
حرره الفقير اليه سبحانه وتعالى محمد امين المفتش
باوقاف الحرمين المحترمين
عفي له

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه • واظهر شعاير الشرع واحكامه •
وبعث رسلا وانبيآء صلوات الله عليهم اجمعين • الى سبل الحق هادين • واخلفهم
علمآء الى سنن سننهم داعين • يسلكون فيما لم يوثر عنهم مسلك الاجتهاد •
مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد • وخص اوائل المستنبطين
بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق • غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع
والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع • واقتناص الشوارد بالاقتباس من
الموارد • والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال • وبالوقوف على الماخذ يعض
عليها بالنواجذ • وقد جرى علي الوعد في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق
الله تعالى شرحا ارسمه بكفاية المنتهي • فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ
وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ • تبينت فيه نبذا من الاطناب • وخشيت ان يهجر
لاجله الكتاب • فصرفت العنان والعناية الى شرح اخر موسوم بالهداية
اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية • ومتون الدراية • تاركا للزوائد
في كل باب • معرضا عن هذا النوع من الاسهاب • مع ما انه يشتمل على اصول
تنسحب عليها فصول • واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها • ويختم لي بالسعادة
بعد اختتامها • حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف • يرغب في الاطول
والاكبر • ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر • وللناس فيما
يعشقون مذاهب • والفن خير كله • ثم سالني بعض اخواني ان املي عليهم
المجموع الثاني • فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما اقاوله • متضرعا اليه في
التيسير لما احاوله • انه الميسر لكل عسير • وهو على ما يشاء قدير • وبالاجابة
جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم
الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق الاية • ففرض الطهارة
غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص • والغسل هو
الاسالة والمسح هو الاصابة • وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى
شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها • قال والمرفقان
والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان الغاية لا تدخل
تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها
لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق
على الامساك ساعة • والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب • قال
والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة بن
شعبة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته
وخفيه • والكتاب مجمل فالتحق بيانا به • وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلث شعرات
وعلى مالك رح في اشتراط الاستيعاب • وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلث
اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في الة المسح • قال وسنن الطهارة
غسل اليدين قبل ادخالهما الانآء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام
اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الانآء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري
اين باتت يده • ولان اليد الة التطهير فتسن البداية بتنظيفها • وهذا الغسل
الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف • قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء
لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم • والمراد به نفي الفضيلة • والاصح انها مستحبة
وان سماها في الكتاب سنة • ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح • قال والسواك
لانه عليه السلام كان يواظب عليه • وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام
فعل كذلك • والاصح انه مستحب • قال والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما
على المواظبة • وكيفيته ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق
كذلك هو المحكي عن وضوئه عليه السلام • قال ومسح الاذنين وهو سنة بماء
الراس عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام الاذنان من الراس • والمراد
بيان الحكم دون الخلقة • قال وتخليل اللحية لان النبي عليه السلام امره جبريل عليه
السلام بذلك • وقيل هو سنة عند ابي يوسف رح جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له • قال وتخليل الاصابع
لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم • ولانه اكمال الفرض

في محله قال وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عليه السلام توضأ مرة
مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلوة الا به وتوضأ مرتين مرتين
وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال
هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى
وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة
والنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية
كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة
باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة او هو
ينبئ عن القصد قال ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي السنة
التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ
ثلثا ثلثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام
والذي يروى فيه من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي
عن ابي حنيفة رح ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا
فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء
فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في الوضوء سنة عندنا وقال
الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور
فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل
جملة الاعضاء والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله يحب التيامن
في كل شيء حتى التنعل والترجل فصل في نواقض الوضوء المعاني الناقضة
للوضوء كل ما خرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط
وقيل لرسول الله عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما
عامة فيتناول المعتاد وغيره قال والدم والقيح والصديد اذا
خرج من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء اذا كان ملء الفم وقال
الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي عليه السلام
قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي فيقتصر على مورد
الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل
وقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على

على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر
في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى
ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه
حكم التطهير وبملء الفم في القيء لان بزوال القشر تظهر النجاسة في محلها
فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع
فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه
الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره
سواء وكذا لا يشترط السيلان عنده اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله
عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم
وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة
تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر
على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع
يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رح اتحاد السبب
وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف
رح وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء
مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح ناقض اذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل
من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لان الرأس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف رح
انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل
في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان
مائعا فكذلك عند محمد رح اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة
نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بموضع الدم
فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق
لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج قال والنوم مضطجعا
او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء
المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء
يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا

النوم من الاستمساك إذ القيام يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود
والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح لأن الاستمساك باق إذ لو زال
لسقط فلا يتم الاسترخاء والأصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما
او قاعدا او راكعا او ساجدا إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام
مضطجعا استرخت مفاصله قال والغلبة على العقل بالإغماء والجنون لأنه
فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والإغماء حدث في الأحوال كلها وهو القياس في
النوم إلا أنا عرفناه بالأثر والإغماء فوقه فلا يقاس عليه قال والقهقهة في كل
صلاة ذات ركوع وسجود والقياس أنها لا تنقض وهو قول الشافعي لأنه ليس
بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة
ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا وبمثله
يترك القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا
له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة
دون الوضوء قال والدابة تخرج من الدبر ناقضة فإن خرجت من رأس الجرح
او سقط اللحم منه لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لأن النجس ما عليها وذلك
قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة
او ذكر الرجل لأنها لا تنبعث من محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب
لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر قال فإن قشرت نفطة فسال منها ماء
او صديد او غيره إن سال عن رأس الجرح نقض وإن لم يسل لم ينقض وقال
زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسألة الخارج
من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لأن الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا
فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا إذا قشرها فخرج بنفسه أما إذا عصرها فخرج
بعصره لا ينقض لأنه مخرج وليس بخارج فصل في الغسل وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه
الصلاة والسلام عشر من الفطرة أي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا
كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا وهو أمر بتطهير
جميع البدن إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه خارج عن النص بخلاف الوضوء لأن الواجب
فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله

عليه السلام إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء قال وسنته أن
يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة إن كانت على بدنه ثم يتوضأ
وضوءه للصلاة إلا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك
المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عليه السلام وإنما
يؤخر غسل رجليه لأنهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح
لا يؤخر وإنما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد بإصابة الماء قال وليس على
المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر لقوله عليه السلام
لأم سلمة رضي الله عنها يكفيك إذا بلغ الماء أصول الشعر وليس عليها بل ذوائبها
وهو الصحيح بخلاف اللحية لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها قال والمعاني
الموجبة للغسل إنزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة
النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيفما كان يوجب الغسل لقوله
عليه السلام الماء من الماء أي الغسل من المني ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب
والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال أجنب الرجل إذا قضى
شهوته من المرأة والحديث محمول على خروج المني عن شهوة ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند أبي يوسف رح ظهوره أيضا اعتبارا
للخروج بالمزايلة إذ الغسل يتعلق بهما ولهما أنه متى وجب من وجه فالاحتياط
في الإيجاب والتقاء الختانين من غير إنزال لقوله عليه السلام إذا التقى الختانان
وتوارت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل ولأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب
عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الإيلاج في الدبر لكمال السببية
ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لأن السببية ناقصة
قال والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بتشديد الطاء وكذا النفاس بالإجماع
وسن رسول الله عليه السلام الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والإحرام نص
على السنة وقد قيل هذه الأربعة مستحبة وسمى محمد رح الغسل في يوم الجمعة
حسنا في الأصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل
ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو
أفضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل
للصلاة عند أبي يوسف رح هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص

الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة الكريهة واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله وهذا التفسير مأثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه قال ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا يتعدى الى غير المنصوص عليه واما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رح وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلا والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا ما تغير بالطبخ يجوز التوضي به وتجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي يختلط به اللبن والزعفران والصابون والاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رح انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي

به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رح يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رح يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك رح ورد في بئر بضاعة وكان ماؤه جاريا في البساتين وما رواه الشافعي رح ضعفه ابو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الاخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رح انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف رح وعنه التحريك باليد وعن محمد رح بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رح انه لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي رح يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت

حتى حل المزكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين قال وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي رح يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن في الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الصحيح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري يفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضئا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا طهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بسقاط الطهورية وبقاء الطاهرية عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رح هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس الا انه اقيم به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رح نجاسته غليظة اعتبارا بالماء المستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه هذا عند ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله ايضا وقال محمد رح لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الاثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف رح يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل عن العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو

فعند

فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد رح كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رح في جلد الميتة ولا يعارض النهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي رح في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه وهو الصحيح وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا يتالم بالقطع فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه لا ينتفع به فلا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته فصل في البئر واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت كان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل الابار مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم يفسد الماء استحسانا والقياس ان يفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان الابار في الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رح وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل

وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن
لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن
ابي حنيفة رح انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين وان وقع فيها خرء الحمام والعصفور
لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج ولنا
اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته
لا الى نتن رائحة فاشبه الحمأة وان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا
واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد نجس عندهما له ان النبي عليه السلام استنزهوا
من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار
كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي انه عرف شفاؤه فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة
لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند
ابي يوسف يحل للتداوي للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته
عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية
او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها
يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت
من ساعتها نزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة
في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب
وان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين
دلوا الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي
عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر نزح
منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب وان ماتت
فيها شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها من الماء لان ابن عباس وابن الزبير افتيا بنزح
الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به
منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز
لحصول المقصود وان انتفخ الحيوان فيها او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان
او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار
ما كان فيها من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر

من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل
لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص
فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذا عن ابي يوسف رح وعن محمد رح نزح مائتا دلو
الى ثلثمائة دلو فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رح في الجامع الصغير
في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول
رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه فان وجدوا في البئر فارة
او غيرها ولا يدرون متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة
ان كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت
او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك
وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رح ان للموت
سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال عليه الا ان الانتفاخ دليل
التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا
بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال
المعلى رح هي على الخلاف فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري
ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان فصل
في الاسآر وغيرها وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه
فاخذ احدهما حكم صاحبه وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به
اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض
والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام
يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس
الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة
على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه
سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير
نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي
فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر
في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رح انه غير مكروه لان

لان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما
قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت
النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل
كراهته لحرمة لحمه وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى
القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة
لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها
تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها
لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تاكل الميتات
فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف رح انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها
انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية وسؤر
ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر
الا انه سقطت لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة
وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيهما وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا
كان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد
الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلاة
وان فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد رح على طهارته وسبب
الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضوان
الله عليهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رح انه نجس ترجيحا للحرمة
والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما توضأ بهما
وتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر رح لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء
واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد
الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده
في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة
رح يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عليه السلام توضأ به
حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة
وبه قال الشافعي رح عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لان

لان الاية مدنية وليلة الجن كانت بمكة وقال محمد رح يتوضأ به ويتيمم لان
في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت
غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله
يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء
وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على
الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام
حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة رح يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده
وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على
قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر
بينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في
المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون
خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل
الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة
ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحريك او بالاستعمال
واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان
يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان
في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة في المصر
نادر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره قال والتيمم ضربتان يمسح
باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم
ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر
التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه
مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح
والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاءوا
الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا
او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز
التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص

والكحل والنورة والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب
والرمل وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى
فتيمموا صعيدا طيبا ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف
رح زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده
والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع
ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا من النص وكذا يجوز
بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق
والنية فرض في التيمم وقال زفر رح ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه
في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة
والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة
اجزأه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم
نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول
المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب
ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام
قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ عندنا خلافا للشافعي رح بناء
على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال
زفر يبطل تيممه لان الكفر منافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح
ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على
الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل
شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر
على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف
السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا والمراد
ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد
طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في
نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلوة الى آخر

آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين
فصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في غير
رواية الاصول ان التأخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء
من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية
ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته
الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذا من حضر العيد فخاف ان اشتغل
بالطهارة ان تفوته الصلوة يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة
الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان
للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه فان احدث الامام او المقتدي
في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق
يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم
زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء
ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا
للماء في صلوته فيفسد صلوته ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ
فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر اربعا لانها تفوت الى خلف وهو
الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ
ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي
الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء في وقته لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره
وذكره في الوقت وبعده سواء وله انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله
ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة
بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسألة
الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف
والطهارة بالماء الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه
ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود

فلم يكن واجداً وإن غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه لأنه
واجد للماء نظراً إلى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلاً كيلا ينقطع
عن رفقته وإن كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل أن يتيمم لعدم المنع غالباً
فإن منعه منه تيمم وصلى لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة
رح لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لأن الماء مبذول عادة
ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه
تحمل الغبن الفاحش لأن الضرر يسقط والله أعلم باب المسح على الخفين
المسح على الخفين جائز بالسنة والأخبار فيه مستفيضة حتى قيل إن من لم يره كان
مبتدعاً لكن من رآه ثم لم يمسح آخذاً بالعزيمة كان مأجوراً ويجوز من كل حدث
موجب للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث خصه بحدث موجب
للوضوء لأنه لا يجوز المسح من الجنابة على ما نبين إن شاء الله تعالى وبحدث متأخر لأن الخف عهد
مانعاً ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة إذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم إذا
رأى الماء كان رافعاً وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط
الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه
ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزيه المسح وهذا لأن الخف مانع حلول
الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك
كان رافعاً ويجوز للمقيم يوماً وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها لقوله عليه
السلام يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وابتداؤها عقيب
الحدث لأن الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما
خطوطاً بالأصابع يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق لحديث المغيرة رضي الله عنه
أن النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة
واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله عليه السلام خطوطاً
بالأصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه
معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداءة من الأصابع استحباب
اعتباراً بالأصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد وقال
الكرخي من أصابع الرجل والأول أصح اعتباراً لآلة المسح ولا يجوز المسح على
خف فيه خرق كبير يتبين منه مقدار ثلاثة أصابع من أصابع الرجل وإن كان

أقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وإن قل لأنه لما وجب غسل
البادي يجب غسل الباقي ولنا أن الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة
فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكبير أن ينكشف قدر ثلاثة
أصابع من أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لأن الأصل في القدم هو
الأصابع والثلث أكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الأصغر للاحتياط ولا معتبر
بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف
على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع
قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل وانكشاف
العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان
بن عسال رضي الله عنهما قال كان رسول الله عليه السلام يأمرنا إذا كنا
سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا عن جنابة ولكن من بول أو غائط
أو نوم ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لأنه يتكرر
وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لأنه بعض الوضوء وينقضه
أيضاً نزع الخف لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع وكذا نزع
أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة
لما روينا وإذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه إعادة
بقية الوضوء وكذا إذا نزع قبل مضي المدة لأن عند النزع يسري الحدث
السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى
الساق لأنه لا معتبر به في حق المسح وكذا بأكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ
المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها عملاً
بإطلاق الحديث ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف
ما إذا استكمل المدة ثم سافر لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف ليس برافع
ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى
بدونه وإن لم يستكمل أتمها لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق
فوق الخف مسح عليه خلافاً للشافعي فإنه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا
أن النبي عليه السلام مسح على الجرموقين ولأنه تبع للخف استعمالاً وغرضاً
فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما إذا لبس

الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو
الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف
ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز
اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكنه
المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يشد بشيء فاشبه الخف
وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل
الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة
والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز
المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا رضي الله
عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح
على اكثره ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت فان سقطت الجبيرة
عن غير برء لم يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام
العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل
لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل. باب الحيض والاستحاضة
اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام
اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة
على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف انه يومان والاكثر من اليوم الثالث
اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد
استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص
استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة
والكدرة فهو حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رح لا يكون الكدرة
حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي
ولهما ما روي عن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا
وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقبت
اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء يكون
حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت
فلا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم

ولا تقضي الصلوة لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد
رسول الله صلعم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوة ولان
في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد
وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه
حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت
لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس
للحائض والجنب والنفساء قراءة القران لقوله عم لا تقرأ الحائض والجنب
شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ
درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه
لقوله عم لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس
والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا
عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح
لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث رخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس
بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير
حرجا بهم هذا هو الصحيح واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل
وطئها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال
ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت صلوة بقدر
ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطئها لان الصلاة صارت دينا في ذمتها
فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي
عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب
وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطئها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على
العشرة الا انه لا يستحب للنهي في القراءة بالتشديد والطهر اذا تخلل بين
الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات
عن ابي حنيفة رح ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع
فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
رحمهما الله وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل

وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول
ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي
عن ابراهيم النخعي رحمه الله وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد
الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب
العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع
الصوم ولا الصلاة ولا الوطء لقوله عم توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير
واذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم
على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي
زاد استحاضة لقوله عم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة
يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها
عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل في المستحاضة

والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم
والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل
صلاة مكتوبة لقوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ولان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عم المستحاضة تتوضأ
لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال اتيتك
لصلاة الظهر اي لوقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار
الحكم عليه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة
اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر رحمه الله استانفوا اذا دخل
الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت
الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله
اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج
الوقت اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله
عند زفر رحمه الله وبايهما كان عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر
الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر رحمه الله
ان الحاجة مقصورة الى اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء

الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف رحمه الله ان الحاجة مقصورة
على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت
ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار
الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد
له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ
مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه
بخروج الوقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا
والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرنا
ومن به استطلاق البطن او انفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي
تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا
وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد
فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد
خروج بعض الولد فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح به الرحم فيتنفس به
والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير به نفساء وتصير الامة ام
ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما والزائد
استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عم وقت للنفساء اربعين
يوما وهو حجة على الشافعي في اعتباره الستين وان جاوز الدم الاربعين وقد كانت
ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض
وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا وان ولدت
ولدين في بطن واحد فابتداء النفاس من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف و
ان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الاخير وهو قول زفر لانها حامل بعد
وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا لا تنقضي العدة بالولد الاول
بالاجماع ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج
الولد الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف الى

فيتناول الجميع باب الانجاس وتطهيرها تطهير النجاسة واجب من بدن
المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عم
حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب
في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل ويجوز تطهيرها
بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر
انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي وزفر لا يجوز الا بالماء لانه
يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء
للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة
فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما
فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث
والعذرة والمني والدم فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد
لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف
والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى
فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله من
اجزاء النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به
وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي
يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق
ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله
وكذلك كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل
ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس
لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس
يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام
لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي
المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر
منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه
اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن

والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة والسيف اكتفى بمسحهما
لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة
فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلاة على مكانها وقال زفر والشافعي
لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض
يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى
بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر
وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي
قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل
لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء
ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى
من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما
ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء
مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت
الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب ويروى ذلك عن ابي حنيفة لان التقدير فيه بالكثير
الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلاة
كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف شبر
في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف
في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث
او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند ابي حنيفة رح لان النص الوارد
في نجاسته وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس
لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى
يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق
بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في
النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فيكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رح في غير المأكول ووافقهما في
المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش
لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف وان اصابه

بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمه الله
لا يمنع وإن فحش لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عندهما
ولحمه مأكول عندهما وأما عند أبي حنيفة فالتخفيف لتعارض الآثار وإن أصابه
خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم أجزأه الصلاة فيه عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز وقد قيل إن الاختلاف في
النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الأصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة
فلا تخفيف ولهما أنها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة
ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه وإن
أصابه من دم السمك ومن لعاب البغل أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت
الصلاة فيه أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا وأما لعاب
البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر وإن انتضح عليه من البول مثل
رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء لأنه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة ضربان
مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينها لأن النجاسة حلت المحل
باعتبار العين فتزول بزوالها إلا أن يبقى من أثرها ما يشق إزالته لأن الحرج
مدفوع شرعا وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وإن زال
بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب
على ظن الغاسل أنه قد طهر لأن التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله
فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة وإنما قدروا بالثلاث لأن غالب الظن يحصل
عنده فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ
من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج فصل
في الاستنجاء الاستنجاء سنة لأن النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه
حتى ينقيه لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون
وقال الشافعي لا بد من الثلاث لقوله عليه السلام وليستنج بثلاثة أحجار ولنا قوله عليه
السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والإيتار يقع على الواحد
وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالإجماع وغسله
بالماء أفضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت في أقوام يتبعون

يتبعون الحجارة الماء ثم هو أدب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء إلى أن يقع
في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه
وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء وفي بعض النسخ إلا المائع
وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لأن المسح
غير مزيل إلا أنه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع
الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد
رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لأن النبي
عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة
وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لأنه إضاعة وإسراف ولا بيمينه لأن
النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله أعلم

كتاب الصلاة

باب المواقيت

أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الأفق
وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث إمامة جبريل عليه السلام فإنه أم رسول الله صلى الله
عليه وسلم فيها في اليوم الأول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين أسفر جدا وكادت
الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولأمتك ولا معتبر بالفجر
الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم
أذان بلال ولا الفجر المستطيل وإنما الفجر المستطير في الأفق أي المنتشر فيها وأول
وقت الظهر إذا زالت الشمس لإمامة جبريل صلوات الله عليه في اليوم الأول حين زالت
الشمس وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال
وقالا إذا صار الظل مثله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفيء الزوال هو الفيء الذي
يكون للأشياء وقت الزوال لهما إمامة جبريل في اليوم الثاني في هذا الوقت وله قوله
عليه السلام أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت
وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر
على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل
أن تغرب الشمس فقد أدركها وأول وقت المغرب إذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم
يغب الشفق وقال الشافعي مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات لأن جبريل عليه السلام أم في
اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام أول وقت المغرب حين تغرب الشمس
وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض

الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة وله قوله عليه السلام واخر وقت
المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك
في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم واول وقت العشاء اذا غاب الشفق
واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام واخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو
حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء
واخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع
الفجر قال رضي الله عنه وعن ابي حنيفة رح وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه
التذكر للترتيب فصل ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام اسفروا
بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه
وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية انس
رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلام اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في
الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من
تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو
الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيره مكروه لما فيه من التشبه
باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير
العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء
الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة
والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل
الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل
الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يالف صلاة الليل ان يؤخره الى
اخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف ان لا يقوم اخر
الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب
في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل
الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر
لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة رح التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز
الاداء بعد الوقت لا قبله فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلاة ولا تجوز الصلاة

عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث
عقبة رضي الله عنه انه قال ثلث اوقات نهانا رسول الله صلعم ان نصلي فيها وان
نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين
تضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله ان نقبر صلاة الجنازة لان
الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة وهو
حجة على ابي يوسف رح في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلوة
جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلاة الا عصر يومه عند
الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء
بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في اخر الوقت قاصر فاذا كان
كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة
فلا تتادى بالناقص قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة
وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا فيه سجدة وسجدها جاز لانها
اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان
يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي
عن النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت
ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير
الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض وفيما وجب
لعينه سجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من
جهته وفي ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب
لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع
الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة
ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام
للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة والله اعلم
باب الاذان الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها للنقل
المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه
وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه ذلك
لحديث ابي محذورة ان النبي عليه السلام امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير

وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم حين وجد النبي صلى الله عليه وسلم راقدا فقال النبي عليه السلام ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص الفجر به لأنه في وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة ويترسل في الأذان ويحدر في الإقامة لقوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لأن النازل من السماء أذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب للقوم فيواجههم به وإن استدار في صومعته فحسن ومراده إذا لم يستطع تحويل وجهه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة أما من غير حاجة فلا والأفضل للمؤذن أن يجعل أصبعيه في أذنيه بذلك أمر النبي عليه السلام بلالا ولأنه أبلغ في الإعلام وإن لم يفعل فحسن لأنها ليست بسنة أصلية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضوان الله عليهم لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور الدينية قال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأسا أن يقول المؤذن للأمير في الصلوات كلها السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لأن الناس سواسية في أمر الجماعة وأبو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا المفتي والقاضي ويجلس بين الأذان والإقامة إلا في المغرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجلس في المغرب أيضا جلسة خفيفة لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولأبي حنيفة أن التأخير مكروه فيكتفي بأدنى الفصل

احترازا عنه والمكان في مسألتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه قال يعقوب رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس [بينهما وهذا صح] يفيد ما قلنا وأن المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لأن النبي عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان وإقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي إن شاء أذن وأقام ليكون القضاء على حسب الأداء وإن شاء اقتصر على الإقامة لأن الأذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله أنه يقام لما بعدها قالوا يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر فإن أذن على غير وضوء جاز لأنه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه استحبابا كالقراءة ويكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلوة ويروى لا يكره الإقامة أيضا لأنها أحد الأذانين ويروى يكره الأذان أيضا لأنه يصير داعيا إلى ما لا يجيب بنفسه ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على إحدى الروايتين أن للأذان شبها بالصلاة فيشترط الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير إذا أذن وأقام على غير وضوء لا يعيد والجنب أحب إلي أن يعيد وإن لم يعد أجزأه أما الأول فلخفة الحدث وأما الثاني ففي الإعادة بسبب الجنابة روايتان والأشبه أن يعاد الأذان ولا يعاد الإقامة لأن تكرار الأذان مشروع دون الإقامة وقوله وإن لم يعد أجزأه يعني الصلاة لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب أن يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لأن الأذان للإعلام وقبل الوقت تجهيل وقال أبو يوسف رح وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الأخير من الليل لتوارث أهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى يتبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة رضي الله عنهما إذا سافرتما فأذنا وأقيما

تركهما جميعاً يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون ولو صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة ولو تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنباً فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقوله عليه السلام لا صلاة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافاً لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافاً له ايضاً وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملاً بكلمة حتى او عملاً بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وربع ساقها او ساقها مكشوف تعيد الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الخلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب

ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعاً للحرج ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهراً يصلي فيه ولو صلى عرياناً لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي لان في الصلاة فيه ترك فرض واحد وفي الصلاة عرياناً ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عرياناً وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركاً والاولى لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوباً صلى عرياناً قاعداً يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه ورضي عنهم فان صلى قائماً اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلاة نفلاً يكفيه مطلق النية وكذلك ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضاً فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلاً لاختلاف الفروض وان كان مقتدياً بغيره ينوي الصلاة ومتابعته لانه يلزمه الفساد من جهة الامام فلا بد من التزامه ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائباً عنها ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفاً يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضوان الله عليهم

تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله عليه السلام ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب
عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري فإن علم أنه أخطأ بعد ما صلى
لا يعيدها وقال الشافعي رح يعيدها إذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس
في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع فإن علم ذلك في
الصلوة استدار إلى القبلة لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه إليها
لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن أم قوما في ليلة
مظلمة فتحرى القبلة وصلى إلى المشرق وتحرى من خلفه وصلى كل واحد منهم إلى جهة
وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم إلا من تقدم امامه لوجود التوجه إلى
جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه
تفسد صلوته لأنه اعتقد امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة فرائض الصلاة ستة التحريمة لقوله تع وربك فكبر والمراد
تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تع فاقرءوا
ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلاة
مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد إذا قلت
هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ وما سوى ذلك
فهو سنة أطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة إليها ومراعاة
الترتيب فيما شرع مكررا من الأفعال والقعدة الأولى وقراءة التشهد في الأخيرة
والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت
فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب
لما أنه ثبت وجوبها بالسنة وإذا شرع في الصلاة كبر لما تلونا وقال عليه السلام
تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى أن من تحرم للفرض كان
له أن يؤدي بها التطوع هو يقول إنه يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان وهذا آية
الركنية ولنا أنه تعالى عطف الصلاة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا
لا يتكرر كتكرر الأركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع
التكبير وهو سنة لأن النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير إلى اشتراط
المقارنة وهو المروي عن أبي يوسف رح والمحكي عن الطحاوي والأصح أنه يرفع

يرفع أولا ثم يكبر لأن فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع
يديه حتى يحاذي بإبهاميه شحمة أذنيه وعند الشافعي يرفع إلى منكبيه وعلى هذا
تكبيرة القنوت والأعياد والجنازة له حديث أبي حميد الساعدي قال كان
النبي عليه السلام إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء بن عازب
وأنس رضي الله عنهم أن النبي عليه السلام كان إذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه
ولأن رفع اليد لإعلام الأصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر
والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لأنه أستر لها فإن قال بدل التكبير
الله أجل والله أعظم أو الرحمن أكبر أو لا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى
أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح إن كان يحسن التكبير لم
يجزه إلا الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز إلا بالأولين
وقال مالك لا يجوز إلا بالأول لأنه هو المنقول والأصل فيه التوقيف والشافعي
يقول إدخال الألف واللام أبلغ في الثناء فقام مقامه وأبو يوسف رح يقول
إن أفعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء بخلاف ما إذا كان لا يحسن لأنه
لا يقدر إلا على المعنى ولهما أن التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فإن افتتح
الصلاة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية أو ذبح وسمى بالفارسية
وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجزيه إلا في الذبيحة خاصة
وإن لم يحسن العربية أجزأه عندهم أما الكلام في الافتتاح فمحمد مع
أبي حنيفة في العربية ومع أبي يوسف في الفارسية لأن لغة العرب لها من المزية
ما ليس لغيرها وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما أن القرآن اسم لمنظوم
عربي كما نطق به النص إلا أن عند العجز يكتفى بالمعنى كالإيماء بخلاف
التسمية لأن الذكر يحصل بكل لسان ولأبي حنيفة قوله تع وإنه لفي زبر الأولين
ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز إلا أنه يصير مسيئا لمخالفته
السنة المتوارثة ويجوز بأي لسان كان هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف
باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف أنه لا فساد ويروى
رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد
على هذا الاختلاف وفي الأذان يعتبر التعارف ولو افتتح الصلاة
باللهم اغفر لي لم يجز لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال

اللهم فقد قيل تجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله آمنا بخير فكان سوالا فيعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه ومالا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك وعن ابي يوسف رح يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه انه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرا سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا ياتي به في الفرائض والاولى ان لا ياتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا حتى ياتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام انه جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان انسا اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه ياتي بها احتياطا وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد رحمه الله فانه ياتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله عليه السلام لا

لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما عدا ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع راسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام اذا ركع لا يصوب راسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة ان النبي عليه السلام يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي لانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة وما رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام قم

فصلّ فانك لم تصلّ قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو
الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى منهما وكذا في
الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت
من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا
الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها
عنده يعني عند الكرخي ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر رضي الله عنه
وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته
ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي انه عليه السلام فعل كذلك وسجد
على انفه وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام
امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه
وهو المأمور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور
ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين
فقد ذكر القدوري رحمه الله انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه
جاز لان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في
ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام
وابد ضبعيك ويروى وابدّ من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار
ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى بطنه حتى ان بهمة
لو ارادت ان تمر بين يديه مرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره
ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه
من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك
ادناه لقوله عليه السلام اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك
ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم
بالوتر لانه عليه السلام كان يختم بالوتر فان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى
لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيح الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحهما
فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها
ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام

في حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا
وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع
والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس
اقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق الثانية واذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه
واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال
الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عليه السلام فعل
ذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور
قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت
لها ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه
لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى
خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في
سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع
في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير واذا رفع
راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب
اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله
عليه السلام في الصلوة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك
في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امرأة
جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله
وبركاته الى آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه
وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله
الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنه وهو قوله التحيات
المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا
الى آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو
وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى
لقول ابن مسعود علمني رسول الله التشهد في وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا
كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب

وهذا الحديث الى قتادة ان النبي عليه السلام قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب
وهذا بيان الأفضل هو الصحيح لأن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك من بعد ان شاء الله
وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما
ولأنها أشق على البدن فكان أولى من التورك الذي يميل اليه مالك رحمه الله والذي يروى
ان النبي عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو
واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي
فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت
ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلاة على النبي عليه السلام خارج
الصلاة واجبة اما مرة واحدة كما قاله الكرخي رح او كلما ذكر النبي عليه السلام
كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الأمر والفرض المروي في التشهد هو التقدير
ودعا بما شاء مما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة لما روينا من
حديث ابن مسعود قال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أعجبها وأطيبها اليك
ويبدأ بالصلاة على النبي عليه السلام ليكون أقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه
كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله
من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي
ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول هو الصحيح لاستعمالها
فيما بين العباد يقال رزق الأمير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام
عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى
يرى بياض خده الأيسر وينوي من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة
وكذلك في الثانية لأن الأعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا
من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لأن الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي
من نية امامه فان كان الامام في الجانب الأيمن او الأيسر نواه فيهم وان كان
بحذائه نواه في الأولى عند ابي يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الأيمن وعند
محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح نواه فيهما لأنه ذو حظ من الجانبين والمنفرد
ينوي الحفظة لا غير لأنه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو
الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لأن الأخبار في عددهم قد

قوله فكفينا مؤنة الأمر حيث عمل الشافعي ان الامر للوجوب وخارج الصلاة غير مراد لبعض الصلوة وقوله والفرض لقطع الفرض الذي روي في التشهد من ابن مسعود في حديثه اكثر هو بمعنى التقدير ع

اي ينوي الامام في جملة القوم الذين في الجانب الأيمن او الأيسر ع

عددا بنا عليهم السلام

قد اختلفت في استثناء الايمان بالأنبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام
واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عليه السلام
تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود والتخيير ينافي الفرضية
والوجوب الا انا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية فصل
في القراءة ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الأوليين من المغرب والعشاء ان كان
اماما ويخفي في الأخريين هذا هو المأثور المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء
جهر واسمع نفسه لأنه امام في حق نفسه وان شاء خافت لأنه ليس خلفه من يسمعه والأفضل
هو الجهر ليكون الأداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة
لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف
مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في العيدين والجمعة لورود النقل المستفيض
بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وبالليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد
وهذا لأنه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس
ان أم فيها جهر كما فعل رسول الله عليه السلام حين قضى الفجر غداة ليلة
التعريس بجماعة وان كان وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لأن الجهر يختص
اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما
ومن قرأ في العشاء في الأوليين السورة ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد
في الأخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة
والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة
منهما لأن الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق
بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة
فلو قضاها في الأخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع
بخلاف ما اذا ترك السورة لأنه امكنه قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر
ههنا ما يدل على الوجوب وفي الأصل بلفظة الاستحباب لأنها ان كانت
مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه
ويجهر بهما هو الصحيح لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع
وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر
ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة

قوله من حديث ابن مسعود وقد ذكرنا في أول الصلوة في قوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا ع

روي ان العدو دل على [illegible] الصلوة [illegible] ع

بدون الصوت وقال الكرخي القراءة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان
دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق
بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة
في الصلاة آية عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى
قاريا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير
فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة
الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عليه السلام قرأ في سورة الفجر
في سفره بالمعوذتين ولان للسفر اثرا في اسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف
القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير فان كان على امنة وقرار يقرأ في الفجر
نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في
الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة الكتاب
ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر
ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين
الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشتغال وقلتها قال
والظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه
وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ
فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل
فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال
المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل
ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير
وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة
الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على غيرها
في الصلوات كلها لما روي عن النبي عليه السلام كان يطول الركعة الاولى على غيرها
في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان
في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت النوم والغفلة والحديث محمول على الاطالة
من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث

ثم اختلف نظرهما تصحيح الحروف ولم يسمع نفسه هل تجوز صلوته ام لا فعند الكرخي تجوز وعند الهندواني لا تجوز ع

ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة
سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت بشيء من القرآن لشيء
من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام
خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله
عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضوان
الله عليهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال
عليه السلام واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد
ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب
والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار
كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية
الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا
تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو
السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله
عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس
بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة
الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم
لسائر الاركان فان تساووا فاقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب
الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرؤهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه
باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا
فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا
فاسنهم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة اذنا واقيما وليؤمكما اكبركما سنا ولان
في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا
لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة
فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول
الامام بهم الصلاة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم
فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن الجماعة لانها لا تخلو

عن اركان تحريمة وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت
الامام وسطهن لان عائشة فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس
رضي الله عنه فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد
انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او عن يساره جاز
وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما
ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى
بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة
فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه
متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله
ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد والمختار
انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد
بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض
عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان
ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة
فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة واحدة فسدت صلاته ان نوى الامام
امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه
الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض
المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم على امامه وان لم ينو امامتها
لم تضره ولا تجوز صلاتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر الا يرى انه
يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت
محاذية فان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول
لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلاة مشتركة وان تكون
مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت
مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور
الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر
والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة

لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيدين وله ان فرط الشبق حامل فتقع
الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء
فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال
عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة
خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه
والامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف
الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة
بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم
الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله
المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي
القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم
ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلاته قاعدا والقوم
خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم
قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فتثبت به القوة ولا يصلي الذي
يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي
المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في
حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي
فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح
في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى
التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل
الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم
ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا
اعاد صلاته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى
التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم اميين وبقوم يقرأون
فصلاتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلاة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور
ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله

ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى
بالقارئ يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام
لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقارئ وحده جاز هو الصحيح
لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة وان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا
استأنف صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة
فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية
وكذا على هذا لو قدمه في التشهد والله اعلم باب الحدث في الصلاة ومن سبقه
الحدث في الصلاة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس
ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها
فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او مذى في صلاته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف
فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده
فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام
والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد
الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل
ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلاة وان لم يكن
خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود
الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى
انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان
بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن
انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل
الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا هو الحرف ومكان الصفوف
في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم وقدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه
استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو الحدث
وكذا اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع واذا حصر الامام عن القراءة فقدم
غيره اجزأهم عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده ولابي حنيفة ان الاستخلاف لعلة

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره حازم ... انه لا يجزيه صلاة الامي مع وجود القارئ

قوله لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة ... اذا لم يعتبر جواز القارئ في حق الامي

لا بلوى في العمد

يعني يجب عليه حتى لو اتم بقية صلاته في موضع وضوئه لم يجزه ان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من نهر او طريق او حائط ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز البناء في منزله ...

لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به
الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث
بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد
الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت الصلوة لانه تعذر
البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان
فان رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت وقد مر قبل فان رآه بعد ما قعد قدر
التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان
اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود
او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث فاستخلف اميا او طلعت الشمس
في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقط عن برء
او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناه بطلت الصلوة
في قول ابي حنيفة وقيل الاصل فيه ان الخروج من الصلوة بفعل المصلي فرض
عند ابي حنيفة وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة
كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا
من حديث ابن مسعود وله انه لا يمكنه اداء صلاة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل
الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى
يجوز في حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة ومن اقتدى
بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزأه لوجود المشاركة في التحريمة
والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلاته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم
لعجزه عن التسليم ولو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى
الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلاة الامام قهقه او احدث
متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلاته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه
وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد
صلاته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح وان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد
ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلاة الذي لم يدرك اول الصلاة عند ابي حنيفة
وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة
المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلاة الامام فكذا صلوته

فصار كالسلام والكلام ولان القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلوة الامام
فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج
الى البناء على الفاسد فافسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء
الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة ومن احدث في ركوعه او في سجوده توضأ وبنى
ولا تعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة
ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر
وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجد يعيد الركوع
والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال
مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف انه تلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض
عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى الامامة او لم ينو لما فيه
من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته لاخلاف
من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد منه الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها ومن تكلم في صلاته عامدا او ساهيا بطلت
صلوته خلافا للشافعي في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام
ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن
وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة
النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع
بكاؤه فان كان من ذكر الجنة والنار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع
او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف
ان قوله آه لا يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت
على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف
الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف
يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان
تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما
وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس
فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلاة فسدت صلاته لانه يجري في مخاطبات الناس
فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه

لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلاته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح
المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل
لانه ليس من اعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام
بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح
صلاته فكان هذا من اعمال صلاته وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه
مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح
وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي
للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل
الى آية اخرى ولو اجاب في الصلاة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه
له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله
فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد به اعلامه
انه في الصلاة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلاة
فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه
صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي
ويجتزي بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي
المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلاته عند ابي حنيفة وقالا
هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة
ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف
فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول
يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع بخلاف
ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رح لان المقصود هنا
الفهم اما فساد الصلاة فبالعمل الكثير وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع
الصلاة لقوله عليه السلام لا يقطع الصلاة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام
لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في
موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان
يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه السلام

اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ويقدرها ذراع فصاعدا
لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل
ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود
ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة
على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة القوم لانه عليه السلام صلى
ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان
المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة
لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة رضي الله عنها او يدفع بالتسبيح لما روينا
من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه
او بجسده لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلاة
ولان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة ولا يقلب الحصى لانه نوع
عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر
ولان فيه اصلاح صلاته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك
وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار
في الصلاة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلي
من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه
عليه السلام كان يلاحظ اصحابه في صلاته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه
لقول ابي ذر نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان
افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا
هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح
بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا
يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او صمغ ليتلبد فقد روي
انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل
ثوبه لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل
اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة ولا بأس
ان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه

لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان
سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب
في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس ان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث
لان ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي
وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة
ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على
التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم
ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة
معلقة لحديث جبريل عليه السلام انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت
الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد فاذا كان
مقطوع الرأس اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس فصار كما اذا صلى
الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش
لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة
لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على
شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة
في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلاة اديت
مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب
في الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة ولان فيه ازالة
الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا
ويكره عد الاي والتسبيح باليد في الصلاة وكذلك عد السور لان ذلك ليس من
اعمال الصلاة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا
مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع
فيستغني عن العد بعده فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لان النبي
عليه السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره
في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف
المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول
والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف

بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد
ما اعد للصلاة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد
لانه يشبه المنع عن الصلوة وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان
الصلاة ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير
الى انه لا يوجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي
يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلاة الوتر الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه
حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي
الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء
بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى
في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت
عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث
وهذا احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما رويناه
ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام
للحسن بن علي حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة
من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وان اراد ان
يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا
للشافعي في الفجر لما روى ابن مسعود انه عليه السلام قنت في صلاة الفجر شهرا ثم تركه
فان قنت الامام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه
ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة
لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء
بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد
صلاته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان
واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع

ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي بعده ... في آخر الوتر وهو بعد الركوع ... انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على النصف الشيء آخره

واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة
ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر يعني النبي عليه السلام على نحو
ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا
وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان
مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع
فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع
قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله رسول الله عليه السلام وفيه خلاف
الشافعي ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء اربعا وتكره
الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثماني ركعات
بتسليمة جاز وتكره الزيادة على ذلك وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة
وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام
لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عندهما
مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما قوله عليه السلام صلاة الليل والنهار
مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء
اربعا رواه عائشة وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم
تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة
واحدة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى
فيه جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا والقراءة في الفرض واجبة
في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة
وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا
ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما
اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه واما الاخريان
فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما
والصلوة فيما روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف
لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان
شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة وهو المأثور
عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي عليه السلام

دام على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة
في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر أما النفل فلأن كل شفع منه صلاة على حدة
والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان
في المشهور عن أصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة وأما الوتر فللاحتياط ومن
شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء عليه لأنه متبرع فيه ولا لزوم
على المتبرع ولنا أن المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان
وإن صلى أربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم أفسد الاخريين بعد الشروع فيهما
قضى ركعتين لأن الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة
فيكون ملزما هذا إذا أفسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو أفسد قبل الشروع
في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتبارا للشروع
بالنذر ولهما أن الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول
لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لأنها نافلة وقيل يقضي
أربعا احتياطا لأنها بمنزلة صلوة واحدة وإن صلى أربعا ولم يقرأ فيهن شيئا أعاد
ركعتين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقضي أربعا وهذه المسئلة على
ثمانية أوجه والاصل فيها أن عند محمد ترك القراءة في الاوليين أو في إحديهما يوجب
بطلان التحريمة لأنها تعقد للافعال وعند أبي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول
لا يوجب بطلان التحريمة وإنما يوجب فساد الاداء لأن القراءة ركن زائد ألا ترى
أن للصلوة وجودا بدونها غير أنه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد
على تركه فلا يبطل التحريمة وعند أبي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان
التحريمة وفي إحديهما لا يوجب لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة وفسادها
بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء
وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا إذا ثبت هذا نقول إذا لم يقرأ
في الكل قضى ركعتين عندهما لأن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما
فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند أبي يوسف فصح الشروع في الثاني
ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه
قضاء الاخريين بالاجماع لأن التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم
فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه

قضاء الاوليين بالاجماع لأن عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني
وعند أبي يوسف إن صح فقد أداها ولو قرأ في الاوليين وإحدى الاخريين فعليه
قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين وإحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين
بالاجماع ولو قرأ في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين على قول أبي يوسف عليه
قضاء الاربع وكذا عند أبي حنيفة رح لأن التحريمة باقية وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الاوليين
لأن التحريمة قد ارتفعت عنده وقد أنكر أبو يوسف رح هذه الرواية عنه وقال رويت
لك عن أبي حنيفة رح أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في
إحدى الاوليين لا غير قضى أربعا عندهما وعند محمد رح ركعتين ولو قرأ في إحدى
الاخريين لا غير قضى أربعا عند أبي يوسف وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله
عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة
فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة
على القيام لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلوة القائم ولأن
الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا
في كيفية القعود والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد لأنه عهد مشروعا
في الصلوة وإن افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة رح وهذا استحسان
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لأن الشروع معتبر بالنذر وله أنه لم يباشر القيام فيما
بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لأنه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام
لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى أي
جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال رأيت رسول الله عليه السلام
يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولأن النوافل غير مختصة بوقت
فلو ألزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة
أما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن أبي حنيفة ينزل لسنة الفجر لأنها
آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن أبي
يوسف رح أنه يجوز في المصر أيضا ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب
فيه أغلب فإن افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وإن صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل
لأن إحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فإن أتى بهما
صح وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه

قوله هو الظاهر يعني الراكب اذا نزل يبني والنازل اذا ركب يستقبل غ

من غير عذر وعن ابي يوسف رح يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد رح اذا نزل
بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر فصل في قيام رمضان يستحب ان يجتمع الناس
في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين
ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظة الاستحباب والاصح انها
سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليه الخلفاء الراشدون والنبي عم
بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان يكتب علينا والسنة فيها الجماعة ولكن
على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها
البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف
والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر
لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله
ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها
بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر
قدر القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف
ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير
رمضان عليه اجماع المسلمين باب ادراك الفريضة ومن صلى من الظهر ركعة ثم
اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة
الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض
والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر
او الجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل
يتمها وان كان قد صلى من الظهر ثلثا يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما
اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير
ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام فاذا اتمها
يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى
من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته
الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع
في صلاة الامام لكراهية النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب
في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل

قوله الا اذا كان اه بان يكون مؤذنا او اماما في مسجد آخر يتفرقون بغيبته قوله يريد ع

مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد
بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به
امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء
فلا بأس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم
بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
الكراهية التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي
الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد
ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام ولم يشتغل
لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها
في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين
ابي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على
ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة
في المسجد اذا كان الامام في الصلاة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل
هو المروي عن النبي عليه السلام واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع
الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة
رح وابي يوسف رح وقال محمد احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه السلام
قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان
لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فيبقى
ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال
وفيما بعده اختلف المشايخ واما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها
واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث
فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رح قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء
فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به
في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث به في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا
قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت سعة ومراده اذا كان
في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لان لهما
زيادة مرتبة قال عليه السلام في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى

من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه السلام واظب
عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان تركها في الاحوال
كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه
فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلاة
فلم توجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز
وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة
في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها
اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا
مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يصير شرطا لغيره ولنا قوله
عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها
ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية
ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي
الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف
ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث
ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام شغل عن اربع
صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد
الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت
نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج
وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر
من صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة يصير ستا وعن محمد
انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار
وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر
الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون
ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي
عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت
جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان

تعني النهي عن الفائتة عند ضيق الوقت ليس لمعنى في الوقتية بل لكون الاشتغال بها يوجب تفويت الوقتية عن وقتها كفاية

قوله وذلك في الاول اشارة الى قوله كان الكثرة [عيني]

وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى
العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئلة
الترتيب فاذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت ولهما انها عقدت لاصل الصلوة
بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا
موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا عند ابي حنيفة وعندهما
يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه فلو صلى الفجر وهو ذاكر
انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما
ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم صلى الوتر والسنة
ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان
الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم
وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام
لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا
فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن
السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام
المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح
لان الدعاء موضعه اخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها
وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون
واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تاخيره او تاخير ركن
ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب
ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها
بالسنة او ترك قراءة فاتحة الكتاب لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين
لانها واجبات فانه عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها
تضاف الى جميع الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد
يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح
ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه و

والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والأصح قدر ما تجوز به
الصلوة في الفصلين لأن اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن
وما تصح به الصلاة كثير غير أن ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث آيات وهذا في الإمام
دون المنفرد لأن الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الإمام يوجب على المؤتم
السجود لتقرر السبب الموجب في حق الأصل ولهذا يلزمه حكم الإقامة بنية الإمام فإن لم يسجد
الإمام لم يسجد المؤتم لأنه يصير مخالفا وما التزم الأداء إلا متابعا فإن سها المؤتم لم يلزم الإمام
ولا المؤتم السجود لأنه لو سجد وحده كان مخالفا لإمامه ولو تابعه الإمام ينقلب الأصل تبعا ومن
سها عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب عاد وقعد وتشهد لأن ما يقرب
إلى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والأصح أنه لا يسجد كما إذا لم يقم ولو كان إلى القيام
أقرب لم يعد إليه لأنه كالقائم معنى ويسجد للسهو لأنه ترك الواجب وإن سها عن القعدة
الأخيرة حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد لأن فيه إصلاح صلوته وأمكنه ذلك
لأن ما دون الركعة بمحل الرفض وألغى الخامسة لأنه رجع إلى شيء محله قبله فيرتفض وسجد
للسهو لأنه أخر واجبا وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لأنه استحكم
شروعه في النافلة قبل إكمال أركان صلوة المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا
لأن الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد على ما مر فيضم إليها ركعة سادسة وإن لم يضم لا شيء
عليه لأنه مظنون ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف لأنه سجود كامل وعند محمد
برفعه لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف فيما إذا سبقه
الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لأبي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم
عاد إلى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لأن التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه
الإقامة على وجهه بالقعود لأن ما دون الركعة بمحل الرفض وإن قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر
ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه لأن الباقي إصابة لفظة السلام وهي واجبة وإنما يضم
إليها ركعة أخرى لتصير الركعتان نفلا لأن الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عليه السلام
عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة
ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه المسنون وفي النفل
بالدخول لا على وجه المسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء لأنه مظنون ولو اقتدى به إنسان
فيهما يصلي ستا عند محمد لأنه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لأنه استحكم خروجه

عن الفرض ولو أفسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالإمام وعند أبي يوسف
يقضي ركعتين لأن السقوط بعارض يخص الإمام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما
وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي أخريين لم يبن لأن السجود يبطل لوقوعه في وسط
الصلاة بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة لأنه لو لم يبن يبطل جميع
الصلاة ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل
في صلوته بعد التسليم فإن سجد الإمام كان داخلا وإلا فلا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رح وقال محمد رح هو داخل سجد الإمام أو لم يسجد لأن عنده سلام من عليه السهو لا
عن الصلاة أصلا لأنها وجبت جبرا للنقصان فلا بد أن يكون في إحرام الصلاة وعندهما
يخرجه على سبيل التوقف لأنه محلل في نفسه وإنما لا يعمل لحاجته إلى أداء السجدة فلا تظهر
دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة
وتغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد به قطع الصلوة وعليه سهو
فعليه أن يسجد لسهوه لأن هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك
في صلوته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا وذلك أول ما عرض له استأنف الصلاة
لقوله عليه السلام إذا شك أحدكم في صلوته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة وإن كان
يعرض له كثيرا بنى على أكبر رأيه لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب
فإن لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلوته فلم يدر أثلاثا
صلى أم أربعا بنى على الأقل والاستقبال بالسلام أولى لأنه عرف محللا دون
الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر
صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

وإذا عجز المريض
عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين رضي الله
عنه صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء
ولأن الطاعة بحسب الطاقة فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء يعني قاعدا
لأنه وسع مثله وجعل سجوده أخفض من ركوعه لأنه قائم مقامهما فأخذ حكمهما و
ولا يرفع إلى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام إن قدرت أن تسجد على الأرض
فاسجد وإلا فأوم برأسك فإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود
الإيماء وإن وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه فإن لم يستطع القعود استلقى
على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة وأومأ بالركوع والسجود لقوله عليه السلام

يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم
يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة فاومأ
جاز لما روينا من قبل الا ان الاول هو الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي
تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلاة
فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت الصلوة ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه
خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس
لانه يتأدى به ركن الصلاة دون العين واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط
الصلاة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب
بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا
يومئ ايماء لان ركنية القيام للتوسل الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يعقبه
السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض
صلوته قائما وحدث به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومئ ايماء ان لم يقدر او مستلقيا ان
لم يقدر لان بناء الادنى على الاعلى صحيح فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته
قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم
بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف في قولهم جميعا لانه
لا يجوز اقتداء الراكع بالمومئ فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا بأس بان يتوكأ
على عصا او حائط او يقعد لانه عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب
وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما
يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلاة
عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر
اجزاه عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه
فلا يترك ولان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن
شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة و
المربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر منه
لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلاة
كامل لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج
في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد

اي القعود الاولى والهيئة الاولى وهي الاستلقاء على الظهر اولى من قفاه وانما انثه والضمير راجع الى الاستلقاء والمراد الاولى نهاية خطاء

اي قعدها ركعتين او صلاة كاملة فقعد ... ذلك الصحيح ... القاعد ... الموضع ... والاصل فيه ان كل موضع يصح الاقتداء يصح البناء والا لا ع

في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رضي الله عنه بخلاف النوم لان امتداده
نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما
من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة
في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى
في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت
واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلاة
عندنا وموضع السجدة في حم عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ
للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن
او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو
غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته
واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلاة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف
حالة الصلاة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي
محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض
لانهما منهيان الا انه لا تجب على الحائض بتلاوتها كما لا تجب بسماعها لانعدام اهلية
الصلوة بخلاف الجنب وان سمعها رجل خارج الصلاة سجدها هو الصحيح لان الحجر
ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلاة سجدة من رجل ليس معهم في الصلاة
لم يسجدوها في الصلاة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال
الصلاة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم لانه ناقص
لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها بعدها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة
لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة وفي النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس
منها وقيل هو قول محمد وان قرأها الامام وسمعها رجل معه في الصلاة فدخل معه بعد
ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك تلك الركعة وان
دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهنا اولى وان
لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض
خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا
سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين

قوله بخلاف النوم يتعلق بقوله وان كان اكثر لم يقض يعني ان النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء عيني

عند قوله تعالى واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون ع

عند قوله ان كنتم اياه تعبدون ع

لان المحجور ... تصرف المنهي له حكم ... السبب واثر النهي في حرمة الفعل دون التعطيل ع

قوله ولا بعد ... يجب السجود ... الصلاة ... لان السجدة الصلاتية ... الصلاة اخ

لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى
بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه
الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة
في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة وان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها
سجدها ثانية وان لم يسجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا
للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل
عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد
القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر
الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط واذا
تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل
مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد
السجود للتلاوة كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلاة وهو
المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي
سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ السورة في الصلاة او غيرها ويدع آية السجدة
لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة
اليها قال محمد رحمه الله احب الي ان يقرأ قبلها آية او آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها
شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

قال السفر الذي يتغير به الاحكام
ان يقصد الانسان مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام
يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته
عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة
في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة التقدير بالمراحل
وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر
به السير في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في الرباعية
ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم
ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى
وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا

اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت
لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين
لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص
لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلد او قرية خمسة عشر يوما او اكثر
وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها
بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم والاثر
في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو
الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى
بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر وكان
يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة
بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين
ان يهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم
في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين اذا كانت لهم الشوكة للتمكن من القرار
نظرا الى الظاهر وعن ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من
اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف
لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت
اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب
وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب
كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة وان
صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة
في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة
لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة
نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول
اتموا صلاتكم فانا قوم سفر لانه عليه السلام قاله حين صلى باهل مكة وهو
مسافر واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلاة وان لم ينو المقام فيه لانه
عليه السلام واصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره

ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا يرى انه عليه السلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله
دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم
بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها
في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما
فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في السفر
قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء
بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء
في الوقت والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي سفر المعصية
لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص
ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح
متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى
المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا
في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود
وهذا عن ابي يوسف وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار
الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية
المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة
مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد
بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم
جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير
الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام
بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره
ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت
الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها
لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل
الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث
ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب

الحجاز ما بين تهامة ونجد وفي شرح الطحاوي ان كان امير الموسم مفتيا جاز وان كان ... لم يجز وذكر في الحواشي ... ان امير الموسم ... هو الموافق لما في الكتاب غ

وقد تقع المنازعة في غيره ... من غير ما ذكر ... بان تتول طائفة ... وتتول آخرون فيصلي ... فلذا الخصومة ع

فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول
المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على
ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة
والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا تجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا
للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه
قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها
واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا
قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح
انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم
وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر
عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعد ما
ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انها شرط
فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها
كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة
لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة
فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم
الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان
المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة
بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم
عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد
والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة
ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا تقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية
والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون
للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر
له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة
اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل
الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه

قوله والضرر تفسير لقوله للحرج ح

فيتمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى
التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة
بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضها بعد
تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي
الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف
ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة
يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة
للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم
ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه
ما ادركه وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا
وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى الجمعة عندهما وقال محمد
ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى الظهر عليها لانه
جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر
ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية
ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر
لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس
الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس
بالكلام اذا خرج قبل ان يخطب واذا نزل الامام قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلاة لانها قد تمتد وله قوله عليه السلام
اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه
الصلاة واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة
لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن
المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح
ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به والله اعلم

باب العيدين

وتجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا
في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا
تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة
وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي
عقيب سؤاله هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة
لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج الى المصلى ويغتسل
ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى
وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس
احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي
صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلاة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة
في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد
به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد لان النبي عليه السلام
لم يفعل مع حرصه على الصلاة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة
لانه عليه السلام لم يفعله فاذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا
زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح
او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي
الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلاثا بعدها ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة
ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثا بعدها ويكبر رابعة يركع
بها وهذا قول ابن مسعود وهو قولنا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا
بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول
ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي
خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان
الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث
الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي
اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة
عشر او ستة عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع
لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد
وعن ابي يوسف انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا ويخطب بعد الصلاة خطبتين بذلك
ورد النقل المستفيض يعلم فيهما صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاته

صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا
بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من
الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع الناس من الصلوة في
اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث
وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب
لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي عليه السلام كان لا يطعم
في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر
في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام
كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت
الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد
ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير من غير عذر لمخالفة
المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض
المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص فلا يكون
عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

قال ويبدأ
بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة
وقالا يختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة فيها بين الصحابة
رضوان الله عليهم فاخذا بقول علي اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول
ابن مسعود اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو الماثور عن الخليل صلوات الله عليه وهو
عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة
وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعة المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم
وقالا على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير
كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع
هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم
بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب رح صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر
فكبر ابو حنيفة دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في
حرمة الصلاة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

قال
اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع
واحد وقال الشافعي ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر
رضي الله عنه والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة
فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رح وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل فبيان
الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة انه عليه السلام
جهر فيها ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار
وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا
فارغبوا الى الله بالدعاء واذكروا الله واستغفروه والسنة في الادعية تاخيرها عن
الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى
تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة
وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا
الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم تنقل

باب الاستسقاء

قال
ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة وان صلى الناس وحدانا
جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا
ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين
لما روي ان النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رضي الله
عنهما قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر
فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عليه السلام خطب ثم
هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع
للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل
القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد
اما عند ابي حنيفة فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا
ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء
لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد
الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي
بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة

يعني بلا اذان ولا اقامة ولا خطبة ولا تكرار ركوع بها

والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلاة

وصفة التقليب ان كان مربعا يجعل اعلاه اسفله وان كان مدورا يجعل الجانب الايمن على الايسر والايسر على الايمن كافي

الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فصلى بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد
وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة
وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه
العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا
وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود ان النبي عليه السلام صلى صلوة الخوف على الصفة
التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا فان كان
الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي
انه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى
ركعتين في المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن
فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا ذلك
بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الاداء
مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود
الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا
وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون جماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد
في المكان باب الجنائز واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن
اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه
ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة
ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض
عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن فصل في الغسل
واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته
خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا
ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال
غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحال الحيوة ويجمر
سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله تعالى وتر
يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء
القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف ثم يضجع
على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه

منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة
هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث
الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص
وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل
الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد مواضع
السجود اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره
لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى
الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان فصل
في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي
انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا
بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية
لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس
الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق فان ارادوا
لف اللفافة ابتداء بالجانب الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه
ان تبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار
ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن
عنه عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار ولفافة
وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن
ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات وهذا بيان كفن
السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية
ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حال الضرورة لان
مصعب بن عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة
الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك
تحت اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام امر
باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة
فصل في الصلوة على الميت واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر
لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر

فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاول والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلوة على قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها ثم يكبر تكبيرة يصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا ذخرا واجرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز ترك القيام من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود غسل وصلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في

حقه سنة الموتى ومن لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة صلوات الله عليهم ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلام حين سئل عنه قال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قاله عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله عليه السلام وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبره عليه السلام اخبر انه مسنم

باب الشهيد الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة

وبآثار قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى
شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما
بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة
لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي رح
يخالفنا في الصلاة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول
الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن
الدعاء كالنبي عليه السلام والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق
فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد
الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة
رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء
اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي
احق بهذه الكرامة ولابي حنيفة ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة
ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا
وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن
ويزيدون وينقصون ما شاؤوا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في
حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد
والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق
الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا
حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط او خيمة
كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى عليه وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث
لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي
عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق
وعند محمد لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب
فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب
فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى
وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات

ان شاء الله ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق
مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم
ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل
على البغاة والله اعلم

باب الصلاة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة
فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عليه السلام صلى
في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم
ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف
مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه
واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام
فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام
لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته
خلافا للشافعي لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء
لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه
من ترك التعظيم وقد ورد النهي عن النبي عليه السلام

كتاب الزكوة

الزكوة
واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما
الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم
وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان
كمال الملك بها والعقل والبلوغ لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق
العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا
بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام
لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول
المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور
لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن
بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي فانه
يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج
ولنا انها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم

العفو بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة
تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف
انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة اذا بلغ مجنونا يعتبر
الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك
من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه
دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب
تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب
البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن
الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة
ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك
خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في
السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه قال وليس في دور السكنى وثياب
البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة
بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين
لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له به بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت
له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته
المال المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون
في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب
الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوت اليد غير مخل
بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب
هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه
والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف
المشايخ ولو كان الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء
او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان
على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح وعند محمد لا تجب لتحقق
الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في
حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت

عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد
ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو
لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر
وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف
ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بالنكاح او
الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها
بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه
ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان
الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق
فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي
الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين
ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند
ابي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود صدقة
فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان
الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين
ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي
طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي
طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي
طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي
طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون
الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت
كتب الصدقات من رسول الله عليه السلام ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة
فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي
العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق
ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه
وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون

فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام لمعاذ لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل لحم بقر

فصل في الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر الصديق رضي الله عنه

عنه وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع من الضأن والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذع والثني ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال النبي عليه السلام في اربعين شاة شاة

فصل في الخيل واذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل ما رويناه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكوة تتعلق حينئذ بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة وهذا آخر اقواله وهو قول محمد وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقاده نصابا دون تأدية الزكوة ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان تثني الواجب

ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسانّ يثبت الوجوب ولا يجب شيء اذا كان خمسة عشر
في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار
وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة
شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن
فلم يوجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل
وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى
الا في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي
الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا
وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص
كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه
فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم
وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس
في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه
السلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي
ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم
النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر
كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ
الوسط لقوله عليه السلام لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي
اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء
الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا
في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل
ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول
لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في
النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل
الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت
شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة
وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال عليه السلام في كل نصاب ونفي الوجوب عن

عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في
مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير
ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تبع وعند ابي يوسف
يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم
لا يثني عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم
مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم
وقيل اذا نوى بالدفع اليهم التصدق عليهم تسقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم
بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب شيء
في سائمته وعلى المراة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ
من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت الزكوة عندنا وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء
لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كما في الاستهلاك
ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد
بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد
طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد
التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول
وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه
خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في
ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه
تابع له

باب زكوة المال

فصل في الفضة قال ليس فيما دون مائتي
درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون
درهما فاذا كانت مائتي درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب
الى معاذ ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف
مثقال قال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم
وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله
عليه السلام في حديث علي وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة
المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن

التنقيص ولابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث معاذ لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله
في حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب
الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها
وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه
واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب الغش فهو في حكم
العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به
وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره
في الصرف ان شاء الله الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض
الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة
فصل في الذهب قال ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة فاذا كانت
عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما
قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة
وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون
اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما
الزكوة وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح
فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة
خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب فصل في العروض الزكوة واجبة في عروض
التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام
فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد
فاشبه المعد باعداد الشرع فتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما
هو انفع للفقراء احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة وفي
الاصل خيره لان الثمنين يعني الفضة والذهب في تقدير قيم الاشياء بهما سواء
وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى
ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد
الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك
واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه

لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي
انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض
الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد
ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم
بالقيمة عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم
وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما
يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا يجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين
وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة
فيضم بها باب فيمن يمر على العاشر واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته
منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق لياخذ
الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول
قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة
عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك
السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان
الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب
في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء
في المصر لا يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل
الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة
ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما
يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه
في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها
وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلا يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي
لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف
ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية
وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد
لانها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من
المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته

وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها
لان الاخذ بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها
فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا
يأخذون منا منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي
بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم
فالعشر وان علم انهم يأخذون منا ربع العشر او نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا
يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم
ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر
فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول عليه الحول لان الاخذ بكل مرة استيصال
المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن
من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال وان عشره فرجع الى دار الحرب
ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى
الاستيصال قال وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها
وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم
وقال ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد
منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات
القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان
حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير
نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امراة من بني
تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن
مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول
لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها
لانه غير ماذون باداء الزكوة قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به على العاشر وكان
ابو حنيفة رح يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف
فيه بعدما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه
ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا
فيؤخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال

ابو يوسف لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب
وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان
هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب
المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد
وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط
بماله لانعدام الملك او الشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا
عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير
من قبله حيث مر عليه

باب المعادن والركاز

قال معدن ذهب او فضة
او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي
لا شيء فيه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة
فتجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه كله نماء والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام
وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها
ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان
للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس
والحقيقة في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا
فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد فيه الخمس لاطلاق ما روينا في الركاز
وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان
الجزء لا يخالف الكل بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجد في ارضه فعن ابي حنيفة رح
روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية
عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه
المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق
على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة
الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية
كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة
اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص به وان وجده في ارض
مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة

ومحمد رحمه الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت
يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد
سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها
فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام
على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم
تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له لانه
ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة المتلصص غير مجاهر وليس
في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس
عند ابي حنيفة رحمه الله اخرا خلافا لابي يوسف رحمه الله ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر
ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي
عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس
معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة باب زكوة الزروع
والثمار قال ابو حنيفة رح في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او
سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة
اوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله عليه السلام وليس في الخضروات عندهما
عشر والخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله
عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه لتحقق الغنى
ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما رواه زكوة
التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك
فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في
الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكاة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا
ومرويهما محمول على صدقة ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رح فيه ولان الارض قد تستنمى
بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش
لا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش
يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما

العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان
المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر
على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء او سيحا وان سقي سيحا او بدالية
فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن
يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن
التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج
خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلاثمائة من وفي الزعفران
خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض
العشر وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل
العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز
لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب
وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب
لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد رح
خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد
في الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن ابي يوسف انه لا يجب لانعدام السبب وهو الارض
النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر
لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت
المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة
رض وعن محمد رحمه الله ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه
في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رح
سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم
بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف رح يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في
الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلف النسخ في بيان قوله والاصح انه
مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتاتى في الاصلي لان التضعيف الحادث
لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا
غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف عليه العشر

مضاعفاً ويصرف مصارف الخراج اعتباراً بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد
هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف
الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت
على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه
اشتراها من المسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن
ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة
فجعلها بستاناً فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج
ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه
جعل المساكن عفواً وان جعلها بستاناً فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر
ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما
يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر
الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية
احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات
عشري عند محمد لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف لانه تتخذ عليها القناطر
من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني العشر
المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة
دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا
منهم قال وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض
وانما هي عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحاً
للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز
الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها
المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع والفقير
من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل
ذلك وجه ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى
والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافاً
للشافعي لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنياً الا ان فيه شبهة الصدقة
فلا ياخذه العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني

لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها
في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه
وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين
وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد
منقطع الحاج لما روي ان رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله فامره رسول الله عليه السلام
ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل
من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكوة وللمالك
ان يدفع الزكوة الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي
لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا
ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق
الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا
اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عليه السلام
لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك
من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف اعتباراً بالزكوة
ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله عنه
لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو
الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من
الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافاً لمالك رحمه الله حيث ذهب اليه في تاويل
قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا تدفع
الى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني
الغزاة وكذلك حديث معاذ رضي الله عنه على ما روينا قال ولا يدفع المزكي زكوته
الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك
بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة
ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عليه السلام لك
اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته
عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره
وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه

فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده
وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع
لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان
كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة
الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة
ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس
واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس
باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل
جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون
الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله
عليه السلام سأله أتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي
عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى
بالنص وقد خص الصدقة وقال ابو حنيفة ومحمد اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم
بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه
وقال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه
الاشياء فصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال
فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته
ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الامر فيها على ما يقع
عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير الغني انه لا يجزيه
والظاهر هو الاول هذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر
او تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو
دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك
وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى
الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب
ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير
والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها
ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز

لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء
فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال محمد وان تغني به انسانا
احب الي معناه الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة
من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية
حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من
الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزأه وان كان مكروها لان المصرف
مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

قال صدقة الفطر واجبة على الحر
المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه
وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العذري ومثله
يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة
واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في
قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب
لتقدر الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكرنا لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق
بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النماء ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة
ووجوب الاضحية يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال فرض
رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده
الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه تضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي
امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقت ولهذا تتعدد بتعدد الرأس
مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه
كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا
للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور
الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة
ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن
زوجته بغير امرهم اجزأه استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم
الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج

عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد
ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي
الى الثني والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الروس دون الاشقاص
بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب
قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر
لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي
او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي
لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار
باق وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه
من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع
ولو اجيز يثبت للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها
للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف فصل في
مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع
من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول
رواية الجامع الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري
قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة
فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر
يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة
ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق
ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا
وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب
والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة
وعن محمد انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش رحمه الله
تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي والصاع

قوله على من يصير له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري واذا انتقض فعلى البائع نهاية

والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث
رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام
كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه
وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر
من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم
او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه
او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص الفطر
باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى
لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كي لا يتشاغل الفقير
بالمسئلة عن الصلوة وذلك بالتقديم وان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد
تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها
عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر
وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية كتاب الصوم قال الصوم ضربان واجب
ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي
لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد
الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول
الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني
النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله
عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني
ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزئ عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما شهد الاعرابي
برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي
الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك
في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية
لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط
قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل
وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر

ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من
وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى
فيشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل
فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية
واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل
معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل
النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى
اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين
المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة كيلا تلزم المعذور
مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض او المسافر
بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم
رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه
ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان
والنذر المطلق وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من
التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله
فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم
اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك
في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز
وقال الشافعي جاز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا
على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا
يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر
فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع و
العشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين
يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم
الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل
ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم
الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم

صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم
ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان
تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه
ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود
اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به
الواجب وقيل اجزأه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان
بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي وهو ترك الاجابة
يلازم كل صوم والكراهة هنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه
لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام
لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه
يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا
صام ثلثة من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر
النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة فانهما كانا يصومانه والمختار
ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار
نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان
من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع
عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غداء غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس
ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان
من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر
انه من رمضان اجزأه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب
آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون
بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا من رمضان وعن
التطوع ان كان غدا من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه
عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب
ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه قال ومن رأى هلال رمضان
وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وقد
رأى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة

ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة
تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل
هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط
بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده
قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال
رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا
لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول
وتاويل قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم
او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب
وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في احد
قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد
في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون
فيما روى الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد
انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان
لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة
وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد
بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف
ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر
ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء
من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان
مرتفع في المصر ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب
واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق
به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو
الاصح خلافا لما يروى عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم
الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا قال

قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى
يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان
بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع
النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز
بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار
اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط
لتحقق الاداء في حق النساء باب ما يوجب القضاء والكفارة قال واذا اكل
الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد
الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب
ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت
في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلاة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان
ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا
او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر
النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد
والمريض في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن
الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة
بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة فامنى لما بينا فصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف
على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر
لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي
كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة
ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه
ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود
المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع والانزال
ويكره اذا لم يامن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بالعاقبة فان امن يعتبر عينه واباح له
وان لم يامن تعتبر عاقبته وكره له والشافعي اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه
والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قلما تخلو عن الفتنة

ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول
المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع
الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان
الامتناع عنه اذا آواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر
وقال زفر رح يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا
ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل
مقدار الحمصة وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي
عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد
ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رح
وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع فان ذرعه القيء
لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عامدا فعليه القضاء ويستوي فيه
ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف رح لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد
دخل وعند محمد لا يفسد لانه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى
به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فتتحقق صورة الفطر وان كان اقل
من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف
لعدم الخروج وعند محمد يفسد صومه لوجود الصنع في الادخال فان استقاء عامدا ملء فيه فعليه القضاء
لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء الفم فكذلك
عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده
لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع
قال ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن
جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية
ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه
وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده
والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة
انزل او لم ينزل خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد
وكما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المراة وقال الشافعي رح في قول لا تجب عليها لانها متعلقة
بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول تجب ويتحمل عنها الرجل اعتبارا بماء الاغتسال ولنا

ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث
ولان السبب جناية افساد الصوم لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة
ولا يجري فيها التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة
وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب
بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان
على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة
لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي
فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال عليه السلام ماذا صنعت فقال واقعت
امراتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي
هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم فقال
اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله عليه السلام ان يؤتى بفرق من تمر
ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي
المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك
وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص
عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة
عليه لانعدامه صورة وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار
في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق غيره به ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه
افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح
البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله
لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن وان داوى
جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة والذي يصل هو الرطب
وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس
من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى
الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله
لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند
ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول منه ووقع عند ابي حنيفة
ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا

بقيمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم
على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس
اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ
العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه
يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره
للصائم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن
صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة
وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق
وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى
الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن
دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه
السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره بالعشي لانه
ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة والاليق به
الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول
بالماء لما روينا فصل ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه
افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر
في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز
عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى
عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج
وقال الشافعي رحمه الله الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان
رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد وان مات
المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر
وان صح المريض او اقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك
بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة
وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر

ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني
لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي
حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا
دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما اذا خافت
على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب
الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على
الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين
يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصيام يبطل حكم الفداء لان شرط
الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا
نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ
الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل
ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون
الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم استحسان
المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله
عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في
صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع
به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب
القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح
بعذر والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي
او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا
فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية
ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها
الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة
عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر او الصبى قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت
النية ووجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي
ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع

والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزأه
لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال
المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب
الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن
اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك
المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة
منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده
يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات
متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه
رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في
الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط
هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق
المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام
الاهلية والقضاء مرتب عليه فصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر
والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف
المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي
والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي
فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو
في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية
في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب
كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة
النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة
عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال ابو يوسف ومحمد
اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب
ولابي حنيفة رح ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت
المرأة افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في
الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال

وقال الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن
كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في
حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه
وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم
حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال
واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت
فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة
وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية
قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير
والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام
تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه
تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل
فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة اذا كان في موضع لا يستبين الفجر
او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد
اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع
فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه
لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق
العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل
فعليه القضاء عملا بالاصل فان كان اكبر رأيه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية
واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي
ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن
ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند
الى القياس فتتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة
وهو ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة
وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا تنتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه
قال ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند

عليه صح

الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفطر لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النائمة والمجنونة وهي صائمة فعليهما القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا ان لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها

لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين اذا اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه الصلوة اما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في اقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما

واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها
مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا
صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب
يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا
وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان تحية المسجد ويصلي بعدها اربعا او ستا على
الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في مسجد الجامع
اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في
مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر
فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر
من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب
والنوم يكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء
هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير
ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا
يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها
ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى
ان قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة
في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون ماثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره
كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان
جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج
او قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد
وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم
قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر
الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد
بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع
لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير

قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة
صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين لزمه
بليلتيهما وقال ابو يوسف رح لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المثنى
ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على
الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان
الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله
تعالى ولله على الناس حج البيت الآية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام
قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه
لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة
ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في
الصلاة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق
احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلاة لان الموت في مثله نادر وانما شرط
الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام
وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها
موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العاجز
دونها لا يلزمه الاداء اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه
الحج عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلاة واما المقعد فعن ابي حنيفة رح
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير
قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال
عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به شق محمل او راس زاملة
وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان
امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر
ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه
لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله
الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس
من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة على الاداء فاشبه

السبيل الى الجمعة ولابد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط
الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل شرط الاداء دون
الوجوب لان النبي عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المرأة ان يكون
لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام
وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن
بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانه بدون المحرم يخاف
عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها
بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر
بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه
ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا كان له ان يمنعها ولو كان
المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون
مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية
التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل
به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق
واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد
لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام
جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجزه لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم
فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره فصل والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان
الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل
نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله عليه السلام هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت
المنع عن تأخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على
قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد
الميقات الا محرما ولان الوجوب لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر
وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب
الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير
احرام لحاجتهم بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج وان قدم الاحرام على هذه
المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك

اهلك هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر
به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه
ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت
وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان
بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم ان يحرموا بالحج
من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء
الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون
الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر والله اعلم باب الاحرام
واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه
الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة
لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره ولبس ثوبين جديدين
او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع
عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل
لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رح انه يكره اذا تطيب بما تبقى
عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه
المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله لاحرامه قبل ان يحرم
ولان الممنوع عنه التطيب بعد الاحرام والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه
قال وصلى ركعتين لما روى جابر ان النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين
عند احرامه وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة
واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا
الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسرة قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه
عليه السلام لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل
لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية
ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك
لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى
وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه
الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي

في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء
الصحابة رضوان الله عليهم كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على المأثور
ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى
لان العبادة لا تتادى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج
ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يات بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد
من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت
او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب
الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية
قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث
ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر
الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهو في حال الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل
رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتاخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى ولا تقتلوا
الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمارا وحشيا
وهو حلال واصحابه محرمون فقال عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال
اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال ولا يلبس قميصا
ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا قباء ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما
اسفل من الكعبين لما روي انه عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء وقال في آخره
ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل الذي
في وسط القدم عند معقد الشراك دون العظم الناتي فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله
ولا يغطي راسه ولا وجهه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام
الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا راسه
فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المراة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف
فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الراس قال ولا يمس طيبا
لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله
تعالى ولا تحلقوا رءوسكم الآية ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء
التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس
المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع

لاجل الطيب لا للون وقال الشافعي رحمه الله لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب
له ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه
اغتسل وهو محرم ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل
بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا ان عثمان كان يضرب له
فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار
الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال قال ولا باس
بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة
ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي
لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا
شرفا او هبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله عليه السلام كانوا يلبون
في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال
من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالثج اسالة
الدم والعج رفع الصوت بالتلبية قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي عن النبي عليه
السلام انه لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا
دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما فاذا عاين البيت كبر وهلل وكان
ابن عمر رضي الله عنه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في
الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن
قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي انه عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر
فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
وذكر من جملتها استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي انه عليه السلام
قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي الضعيف
فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام
سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون
وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان
لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عليه السلام
قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك فيطوف بالبيت سبعة اشواط
لما روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط والا

والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد
نقل ذلك عن رسول الله عليه السلام ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع
فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله
عليه السلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف
من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده
لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا تتادى بما ثبت بخبر الواحد
احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه ويرمل في الثلث الاول من الاشواط
والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع
وكان سببه اظهار الجلادة للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال
السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة
نسك رسول الله عليه السلام والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان
زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة
بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط
الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر
وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن
في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما لان النبي عليه السلام كان
يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال
الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل
اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين
عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح به فكذا
السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي وهذا الطواف طواف القدوم
ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك رح انه واجب لقوله عليه السلام
من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار
وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على
اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت
ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي

عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء
والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء
وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج
الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو الذي
يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة
ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي
على هينته حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام
نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن
الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط فيطوف
سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ
بالصفا لقوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن
وقال الشافعي رح انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى
فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه
في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم ما روي كتب استحبابا كما في قوله
تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل
قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام
الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب
هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع
ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا واذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة
يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة وفي الجملة
ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي
عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها
يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية
بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر يوم عرفة لما روي ان النبي صلى الفجر يوم التروية بمكة
فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى
عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم راح فغدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه

لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك ولكنه أساء في تركه الاقتداء برسول الله عليه السلام ثم
يتوجه إلى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الأولوية أما لو دفع قبله جاز لأنه لا يتعلق
بهذا المقام حكم قال في الأصل وينزل بها مع الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع
والإجابة في الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة وإذا زالت الشمس
يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة
والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة
كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله عليه السلام وقال مالك رحمه الله يخطب بعد الصلاة لأنها خطبة
وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا ما رويناه ولأن المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها
وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة وعن أبي يوسف أنه يؤذن
قبل خروج الإمام وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لأن النبي عليه السلام لما خرج واستوى
على ناقته أذن المؤذن بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة
فأشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين وقد ورد النقل
المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر أن النبي عليه السلام صلاهما بأذان واحد
وإقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة
إعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته
فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما يروى عن محمد لأن الاشتغال
بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده للعصر فإن صلى بغير خطبة أجزأه لأن
هذه الخطبة ليست بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يجمع بينهما المنفرد لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد يحتاج إليه ولأبي حنيفة
أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة
مع الإمام والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا
إذ لا منافاة ثم عند أبي حنيفة رحمه الله الإمام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة
لأنه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج ولأبي حنيفة أن التقديم على خلاف القياس عرفت
شرعيته فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر
عليه ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للإحرام على وقت الجمع وفي الأخرى
يكتفى بالتقديم على الصلاة لأن المقصود هو الصلاة قال ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب
الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة لأن النبي عليه السلام راح إلى الموقف عقيب

قوله ولا يتطوع يعني غير سنة الظهر كذا في التجنيس والمزيد أراد به أنه لم يأت بسنة الظهر حتى لو أتى بها أعاد الأذان للعصر عند محمد وذكر المحيط تاج

أي حال سكنى الرجل وما يتعلق به إلا ما تاج

الصلاة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الأعظم قال وعرفات
كلها موقف إلا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة
والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته لأن النبي عليه السلام
وقف على ناقته وإن وقف على قدميه جاز والأول أفضل لما بينا وينبغي أن يقف مستقبل القبلة
لأن النبي عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة
ويدعو ويعلم الناس المناسك لأن النبي عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم
المسكين ويدعو بما شاء وإن ورد الآثار ببعض الدعوات وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا
المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام
لأنه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي أن يقف وراء الإمام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان
الأفضلية لأن عرفة كلها موقف على ما ذكرنا ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد
في الدعاء أما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة
والعيدين وعند الإحرام وأما الاجتهاد فلأنه عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف
لأمته فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رحمه الله
يقطع التلبية كما يقف بعرفة لأن الإجابة باللسان قبل الاشتغال بالأركان ولنا ما روي أن النبي
عليه السلام ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة ولأن التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فيأتي
بها إلى آخر جزء من الإحرام فإذا غربت الشمس أفاض الإمام والناس معه على هينتهم
حتى يأتوا مزدلفة لأن النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ولأن فيه إظهار مخالفة
المشركين وكان النبي عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هينته فإن خاف الزحام فدفع
قبل الإمام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه لأنه لم يفض من عرفة والأفضل أن يقف في
مقامه كيلا يكون آخذا في الأداء قبل وقتها فلو مكث قليلا بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف
الزحام فلا بأس به لما روي أن عائشة رضي الله عنها بعد إفاضة الإمام دعت بشراب فأفطرت
ثم أفاضت فإذا أتى مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له
قزح لأن النبي عليه السلام وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن
الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه أو يساره ويستحب أن يقف وراء الإمام لما بينا
في الوقوف بعرفة ويصلي الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة وقال
زفر بأذان وإقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة ولأن العشاء في وقته فلا يفرد بالإقامة إعلاما بخلاف

أي كالمسكين المستطعم في تقديم الصفقة ذكر الكاف تحرزا عن المتحري المرضيون فائدة وجه التشبيه أنه يحصل له ما يستطعم فتقدم الامام فكان في تقديم الصفقة مبالغة في تحقيق فعل الله نهاية

أي إلا في حق الدم والذنب بعضهم عن بعض فإنها تعجزوا عن استيفائه وفي حق المظلمة النبي دعا بعضهم على بعض ويعجزوا عن الاستيفاء لهم دعا النبي عليه السلام بالمغفرة لهم العظيم ذنوبهم ويعفو حقوق العباد دلالة وقد روي في استجابة دعائه صلى الله عليه وسلم في الموقف الثاني فتح الحديث ظاهر الرواية إن شاء الله تعالى

العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافردها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع
ولو تطوع بينهما او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان
كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى المغرب بمزدلفة
ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله لان المغرب
مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق
لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رح يجزيه
وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها
كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام
قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة
الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة وكان عليه الاعادة
ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة واذا طلع
الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاها
يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف
ووقف الناس معه ودعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي
في حديث ابن عباس رضي الله عنه فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف
واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رح انه ركن لقوله
تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وليس بركن بالاجماع
وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل
ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر
بان يكون به ضعف او علة او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما رويناه والمزدلفة
كلها موقف الا وادي محسر لما روينا فاذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه حتى ياتوا
منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في بعض نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض
الامام والناس لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها
من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج
على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا
ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ولو

قوله الدماء بالرفع بان رضي الخصوم ... حتى تركوا خصوماتهم ... والمظالم ... المغفرة ... عليه الدماء والمظالم

قوله لما روينا ... قوله عليه السلام ... المزدلفة ...

قوله وهذا غلط ... الطلوع

رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن
الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح
مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عليه السلام
لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى
جابر ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية
الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين
الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان ما دون
ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة
ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر
مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص
ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من اي
موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم
به ومع هذا لو فعله اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا
خلافا للشافعي لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى
بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا في يومنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق
من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام
فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي ياتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد
والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في
قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في
الحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عليه السلام والتقصير ان
ياخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك رح الا الطيب
ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس
ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رح لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى
تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه يتوقت بيوم
النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق
والرمي ليس بجناية في غير اوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم ياتي مكة

قوله قريبا من الجمرة اي الموضع الذي يرمى اليه الجمرة. نهاية

قوله ظاهر ... رحم الله المحلقين ... نهاية

الانملة بالفتح واحد الانامل وهو رؤوس الاصابع

من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط
لما روي ان النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة وطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى
الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى
فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع
الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل
هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا
والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم
السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة
في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان
الطواف او نفلا لما بينا وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر
عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المامور به في قوله تعالى
وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه
الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رح وسنبينه في باب
الجنايات ان شاء الله تعالى ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع اليها كما روينا
ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس في اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار
الثلث فيبتدئ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف
عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف
عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام مفسرا
ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه ويهلل
ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو لحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء
وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عليه السلام قال اللهم
اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط
العبادة فياتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا
لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال
الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث يوم
الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه

لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روينا ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث
في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول
وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رح وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل
الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام
وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله
عنه ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات
كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور
من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت
طلوع الفجر وقال الشافعي رحمه الله اوله بعد نصف الليل لما روي انه عليه السلام رخص للرعاء
ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس
فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة
ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي مرتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة رح يمتد
هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا
له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رح يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا
وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت
جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة رح لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه فان رماها
راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا
فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع
وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي
عليه السلام بات بمنى وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيره
متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه
فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم
حتى يرمي لان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا
نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله عليه السلام وكان
نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون
غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران
بني هاشم فعرفنا انه عليه السلام نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل

في الطواف قال ثم يدخل مكة فيطوف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى
طواف الوداع وطواف آخر عهد بالبيت لأنه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا
خلافا للشافعي رح لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص
للنساء الحيض تركه إلا على أهل مكة لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا أنه شرع
مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي أن النبي
عليه السلام استقى الدلو بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر ويستحب أن يأتي الباب
ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر إلى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث
بالأستار ساعة ثم يعود إلى أهله روي أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي أن
ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه إلى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد
فهذا بيان تمام الحج

فصل فإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ووقف بها على ما بينا
سقط عنه طواف القدوم لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال فلا يكون
الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لأنه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن
أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج وأول
وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي أن النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت
وقال عليه السلام من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر
الوقت ومالك وإن كان يقول أول وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا
ثم إذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه عندنا لأنه عليه السلام ذكره بكلمة أو فإنه قال
الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزئه
إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما أو مغمى عليه
أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف لأن ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك
بالإغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لأنها لا تبقى مع الإغماء والجهل يخل بالنية وهي
ليست بشرط لكل ركن ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو
أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح بالإجماع حتى إذا أفاق أو استيقظ
وأتى بأفعال الحج جاز لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة تقف
على العلم وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك
صريحا وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه
والإحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الإذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا إلى الدليل والحكم يدار عليه

والمرأة في جميع ذلك كالرجل لأنها مخاطبة كالرجال غير أنها لا تكشف رأسها لأنه
عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام إحرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا
على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولأنه بمنزلة الاستظلال
بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لأنه مخل بستر العورة
ولا تحلق ولكن تقصر لما روي أنه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ولأن حلق الشعر
في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لأن في لبس غير المخيط كشف
العورة قالوا ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال إلا أن تجد
الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو شيئا من الأشياء
وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد أحرم ولأن سوق الهدي
في معنى التلبية في إظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير محرما لاتصال
النية بفعل هو من خصائص الإحرام وصفة التقليد أن يربط على عنق بدنته قطعة
نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة فإن قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي
عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كنت أفتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث بها وأقام في أهله حلالا فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لأن عند التوجه إذا لم يكن
بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فإذا أدركها وساقها
أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء
قال إلا في بدنة المتعة فإنه يحرم حين توجه معناه إذا نوى الإحرام وهذا استحسان
وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من
مناسك الحج وضعا لأنه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب
بالجناية وإن لم يصل إلى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل وإن
جلل بدنة أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرما لأن التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من
خصائص الحج والإشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما إن كان
حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لأنه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس
بسنة أيضا قال والبدن من الإبل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الإبل خاصة لقوله عليه السلام
في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا أن
البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزئ كل واحد منهما
عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا باب القران قال القران

افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي رح الافراد افضل وقال مالك رح التمتع
افضل من القران لان له ذكرا في القرآن فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الآية ولا ذكر للقران فيه
وللشافعي رح قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق
ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه
الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى وصلوة الليل والتلبية غير محصورة
والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يرجح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول
اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام
واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى
وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رح بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى
سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج
معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما
مني لان القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما
وكذلك اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر
منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل الله تعالى التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذا
يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء
والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع فلو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلوة
فاذا دخل مكة ابتدأ وطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعى بعدها
بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط
ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى
المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر
كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رح
يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم
القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفي فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذا
في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه
هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد منهما
على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست

يعني بما روي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه ... نفي الترتيب

بهذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان
وتحريمة وحدة يؤديان وما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال فان طاف طوافين لعمرته
وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم
طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء عندهما وعنده ظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب
الدم عنده وعندهما طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره
بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم
النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي
منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة
ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز
سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع
الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة
فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله
اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية
ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر
على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان
الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام
فحينئذ يجوز لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع
الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم
وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك رحمه الله يصوم
فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم
في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها
لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على
الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه
دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار
رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال
الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة
رحمه الله ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هناك

قوله على ما ذكرنا اي في آخر الفصل ...

بالتوجه متوجه بعد اداء الطهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء
العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين
وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر باب التمتع التمتع افضل من الافراد
عند ابي حنيفة رح انما الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع
وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك
وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة بينهما لانها تبع للحج كتخلل السنة
بين الجمعة والسعي لها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق
الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما
صحيحا وقد يتخلله اختلافات نبينها ان شاء الله وصفته ان يبتدي من الميقات في اشهر الحج فيحرم
بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير
العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه
ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولانها
لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف
وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي
عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها
عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه
حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم لما بينا وفعل ما يفعله
الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له
في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح
الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي
تلوناه فان لم يجد صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا
الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه
وان صامها بمكة بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وله قوله تعالى
فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في
النص وقته على ما بينا والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران

في القران واذا اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي
عليه السلام ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة
او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في
الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه
على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه
احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد
فحينئذ يقودها واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة ويكره والاشعار
هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب
الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصودا وفي
الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنع مكروه عند ابي حنيفة رح وعندهما
حسن وعند الشافعي سنة لانه مروي عن النبي عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم
ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم
لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة
انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي
لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم
فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال واذا دخل مكة طاف
وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم
التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة
وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة
على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه
من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه
دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام
في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا
للشافعي رحمه الله والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه
باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون
له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان
فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي

بطل تمتعه لانه ألمّ باهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من
التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام
على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة
واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فيصح المامه
باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج وطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج
فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما
يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر
الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر
الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج و
قال مالك رح يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع
المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر
ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير رضوان الله عليهم ولان الحج يفوت
بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوت وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى
الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه
وانعقد حجا خلافا للشافعي رح وانما يصير محرما بالعمرة عنده لانه ركن عنده وهو
شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب
اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها
وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين
في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رح وعندهما
لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله
ان سفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة
فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند
ابي حنيفة رح وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى
وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا
انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة
حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول

قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى
فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين
صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها اتت بغير
الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت
كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف
ولان الطواف في المسجد والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا فان
حاضت بعد الوقوف وبعد طواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر
لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف
الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله
ويرويه البعض عن محمد رح لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم
وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك
في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه صدقة لقصور الجناية
وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو
فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى
بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة
في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي
عن ابي يوسف رحمه الله فان خضب راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء
طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه بالوسمة
لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رح انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل
المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته
واقتصر على ذكر الراس في الجامع الصغير دل ان كل واحد منهما مضمون وان ادهن بزيت فعليه
دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رحمه الله ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث
وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل
الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب ولا يخلو
عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه
الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت

اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا
استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحا او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه
انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك
فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة
رح اولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا
ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم
لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر
مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط
وكذا لو ادخل منكبيه القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا
يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت بما بيناه ولا خلاف في انه اذا غطى
جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله
انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا
فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح
يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل
به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية
معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق
الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه
العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
اذا حلق عضوا فعليه دم وان حلق اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود
بطريق التنور فيتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة
عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى
لو كان مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه
دون الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا انه
ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة

ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق
الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رحمه الله لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من
اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه
ينتفي الاثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف
المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على
الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسألتنا في الوجهين وقال الشافعي
رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق
بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه
الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره وان
اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق
لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص
اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن
فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية
من نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر
الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاول بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب
اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس
كما في آية السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص
اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة ومعناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص
ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان في اظافير الكف الواحدة دما والثلث اكثرها وجه المذكور
في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام
كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد
وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على
هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب
فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقة الا ان يبلغ

ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان اكل ما قطع من شجر الحرم فعليه قيمته فلا شيء عليه لانه لا يموت بعد
الاكل رفا شبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب ولبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة
وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى
ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا
والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذلك الصدقة
عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية
عند ابي يوسف رح اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك
وهو المذكور فصل فان نظر الى فرج امرأته بشهوة فامنى لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع
ولم يوجد فصار كما اذا تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير
يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب
في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل اعتبارا
بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع
مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك
محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال
فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي
في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امرأته
وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم قالوا يريق كل واحد دما وقال الشافعي رح تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع
بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة
خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة
رح ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق
امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك رح اذا خرجا من بيتهما ولزفر رح اذا احرما وللشافعي
رح اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لهم انهما يتذكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا
بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا

فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي
رح فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة
لقول ابن عباس رضي الله عنه او لانه اعلى انواع الارتفاق فيتغلظ موجبه وان جامع
بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية
فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة وان جامع بعدما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال
الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة
فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا
كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائم
والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار
معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى
الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم والله اعلم فصل
ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي لا يعتد به لقوله عليه السلام
الطواف بالبيت صلوة الا ان الله اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى
وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها
واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا
الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة
اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف
هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش
من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان
الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف
اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح
عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي
الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد
طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان
وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر لا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد
ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة رح بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه

جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له بصلحه ويعود باحرام
جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو
رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث الشاة فهو افضل لانه خف
معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه
ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف
طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار
التفاوت وعن ابي حنيفة رح انه تجب شاة الا ان الاول اصح وان طاف جنبا فعليه شاة لانه
نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط
فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه
شاة فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود ويبعث شاة لما بينا وان ترك اربعة اشواط
بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف
الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة
يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته وان ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة
ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم
واجب على ما قدمنا والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين
اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده
كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزأه لانه
تلافى ما هو المتروك وهو ان يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة
ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن
نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير
وضوء وطواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة
جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه الاول لم ينقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب
وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة
لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر
فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر بان يطوف
طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على

غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن
النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما فلا شيء عليه لارتفاع النقصان
وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه الدم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء
الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا
اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه
تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام
من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزم بترك
الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد
غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من
وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر
الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك
الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه
دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق
بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة
ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان ترك
رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام وان ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة
لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف
فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم
لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين
او ثلثا تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك
هو الاقل فيكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي
وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك
بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من قدم نسكا
على نسك فعليه الدم ولان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه الدم
ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

الا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف رح في المعتمر ولم يذكره
في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على
الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه رضوان الله عليهم احصروا
بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه
من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم
حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا يتوقت
بهما وعند محمد رح يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رحمه الله يتوقت بالزمان دون المكان
وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير
في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به
قال فان لم يقصر حتى رجع الى الحرم وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر
ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه وان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند
ابي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق
وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا فصل اعلم
ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الآية وصيد البر ما يكون
توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش
في اصل الخلقة واستثنى رسول الله عليه السلام الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب
والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتديات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف
وهو المروي عن ابي يوسف رح واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما الجزاء بالقتل
فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية نص
على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة
ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رض وقال عطاء رح
اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة محظورة الاحرام وانه تفويت الامن على الصيد
اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض
فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي
عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد
وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم
لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف

الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب
المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه
ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له
نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة
بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول
صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضوان الله عليهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة
والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه
الشاة وما ليس له نظير عند محمد رح تجب القيمة مثل العصفور والحمام وما اشبههما واذا
وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رح يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة
بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان المثل
المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع
كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص
والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله
ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روى التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل
في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام
او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار
اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة
الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام و
الصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي
بدليل انه مرفوع وكذا قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين
وانما يرجع اليهما في التقويم ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه
لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع
اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في
حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة

ويجوز الاطعام في غيره خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان
الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة
في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام
معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار
على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي
رحمهما الله يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضوان الله عليهم اوجبوا عناقا وجفرة
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق
واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته
واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من
تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم كل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف
الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف
صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام
فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان
فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء
تصدق به لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين
يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع
عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش
طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن
بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي
وابن عباس رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلته
احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس
ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج
منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب
بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذئب
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق
يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقال عليه السلام
يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب

اي اختيار القاتل او الحكمين على اختلاف كفاية

اي قد عهد في الشريعة اقامة نصف صاع من بر مقام صوم يوم في باب الفدية

في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور هو الذئب او يقال ان الذئب في معناه
والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق غير مستثنى
لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس
والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتدئان بالاذى وليس في قتل
البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة
من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء او الصفراء التي تؤذي وما لا يؤذي لا يحل
قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة
من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا
شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد
من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقوله
عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات
فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن
حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل
لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه
وقال الشافعي رح لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة
وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا
بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال
العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال
زفر رحمه الله يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد
وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ ومن هذا الوجه
لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر رحمه الله
يجب عليه الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا
واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان
ماذونا في دفع [illegible] الاذى كما في الفواسق الخمس فلان يكون ماذونا في دفع
المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن
من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد

قوله اطعم شيئا كالشبع هذا الذي ذكره في القملة الواحدة اما الاثنين او الثلاث كف من حنطة وفي الزيادة على الثلاث نصف صاع نهاية

قوله ونحوها كسباع الطير كالبازي والصقر مطلق السباع يقع على سباع البهائم نهاية

بالكفارة بالنص على ما تلونا فيبطل ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة
والبعير والدجاجة والبط الأهلي لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش
والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة ولو ذبح حماما
مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك رح لأنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء
نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض و
الاستئناس فلم يعتبر وكذا إذا قتل ظبيا مستأنسا لأنه صيد في الأصل فلا يبطله الاستئناس
كالبعير إذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل
أكلها وقال الشافعي رح يحل ما ذبحه المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل فعله إليه ولنا أن
الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لأن المشروع
هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فإن أكل المحرم الذابح
من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة رح وقالا ليس عليه جزاء ما أكل وإن أكل منه محرم
آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار
كما إذا أكله محرم غيره ولأبي حنيفة أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار أنه محظور
إحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكوة فصارت حرمة
التناول بهذه الوسائط مضافا إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه
ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل عليه المحرم ولا أمره بصيده
خلافا لمالك رح فيما إذا اصطاده لأجل المحرم له قوله عليه السلام لا بأس بأكل المحرم لحم
صيد ما لم يصده أو يصد له ولنا ما روي أن الصحابة رضوان الله عليهم تذاكروا لحم الصيد في
حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على أن يهدى إليه
الصيد دون اللحم أو معناه أن يصاد بأمره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على أن الدلالة
محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضي الله عنه وقد ذكرناه وفي
صيد الحرم إذا ذبحه الحلال القيمة يتصدق بها على الفقراء لأن الصيد استحق الأمن بسبب
الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول لا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لأنها غرامة وليست
بكفارة فأشبه ضمان الأموال وهذا لأنه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الأمن والواجب
على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه
والصوم يصلح جزاء الأفعال لا ضمان المحال وقال زفر رح يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على
المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه

أن يرسله فيه إذا كان في يده خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول حق الشرع لا يظهر
في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة
الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما روينا فإن باعه رد البيع فيه إن كان
قائما في يده لأن البيع لم يحل لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وإن كان فائتا فعليه الجزاء
لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم
أو حلال لما قلنا ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله وقال الشافعي
رحمه الله عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان في يده ولنا
أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج ولأن الواجب ترك
التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه في ملكه
ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل إذا كان القفص
في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع قال فإن أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده
غيره يضمن عند أبي حنيفة رح وقالا لا يضمن لأن المرسل آمر بالمعروف وناه عن المنكر وما على المحسنين
من سبيل وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل
فيضمنه بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام لأنه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه
ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف
فإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لأنه لم يملكه بالأخذ
فإن الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما فصار كما إذا اشترى الخمر فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه
لأن الآخذ متعرض للصيد بتفويت الأمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء
في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال
زفر رح لا يرجع لأن الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا أن الآخذ إنما يصير سببا
للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة
العلة فيحال بالضمان عليه فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة التي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته
الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه لأن حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى
خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لأن حرمتها بسبب
الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء وإذا أدى

ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو
اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق
ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم
المنسوب الى الحرم ما ذكرنا والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت
عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت في ملك رجل ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتان قيمة
لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من
شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال
ابو يوسف رح لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر
لانه استثناه رسول الله عليه السلام فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة فانها ليست
من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته
ودم لعمرته وقال الشافعي رح دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين
وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا
لزفر رح لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد
واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة
يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في
قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد
المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا
باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد بتفويت الامن وبيعه
ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا وماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن
لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه
صفة شرعية فتسري الى الولد فاذا ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء
الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل باب مجاوزة الوقت بغير
احرام واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه
دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رح لا يسقط لبى او لم يلب
لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب

ولنا انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف
الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عنده بعوده محرما لانه اظهر حق
الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله
فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا
وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف
واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا
اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان
وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله
التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان
جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا
بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير
احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزاه ذلك من دخوله مكة بغير احرام
وقال زفر رح لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت
السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا
اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى
الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة دون
العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر رحمه
لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن
جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته ثم قضاه من غير ان يجاوزه بغير احرام
ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره
من المحظورات توضيح الفرق واذا خرج المكي فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه
شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على
الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج
ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي
من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء
عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي باب اضافة الاحرام الى الاحرام قال

ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه
لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها
وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى
بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج
ولم يأت بشيء من افعال العمرة لما قلنا وان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج لا غير
لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة
وله ان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض
العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل
قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة
لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه
منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن
النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن
احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه
وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة وقالا ان لم يقصر
فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا
في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق
حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم
عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء لما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده
وشرط التقصير عند محمد ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل
الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل
بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك
قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا ولو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض
لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فاذا توجه اليها لم يكن رافضا
حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم
لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف
التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يأت بما هو ركن يمكنه ان يأتي بافعال
العمرة ثم بافعال الحج ولهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر

وجبر هو الصحيح لانه بان افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان
احرام الحج قد تأكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها
لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق
لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة
على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكره فلهذا يلزمه
رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا فان مضى عليها اجزأه
لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج
فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في اعمال الباقية
قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر
في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر رح ومشايخنا على هذا فان فاته
الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب
احرامه احرام العمرة على ما نبينه في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين
من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين فان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين
احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها
بالتحلل قبل اوانه والله اعلم

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض
فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل
بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية
الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر
بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار
عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه
بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما تبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف
قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله
تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم
وقال الشافعي رح لا يتوقف به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التحقيق قلنا المراعى
اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي وادناه الشاة ويجزيه
البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر
بل له ان يبعث القيمة حتى تشترى الشاة هناك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة

انه يلبس عليه بالحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه
بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبة على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي
عليه السلام واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف وان كان قارنا بعث بدنين
لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام
العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار
الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر
ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل
واحد منهما محلل ولابي حنيفة رح انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان
كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه
لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي
عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة لما انه
في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك
رح لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا
عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه
القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج وواحدة منهما فلما بينا واما الثانية
فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم
بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل
بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة
له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول
المقصود بالخلف فاذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه
وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل بعمرة لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي
جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار
عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رحمه
وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول
زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي
وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا

يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه
فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي ان يضمن المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصود
المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان
او غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو
افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعده ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن
عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر
عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف
فلانه فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد
قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ما اعلمتك
من التفصيل باب الفوات ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر
من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى
ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج
فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعد
ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا
عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت
في حق الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في
جميع السنة الا خمسة ايام يكره فيها فعلها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق
لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولانه
هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا تكره في يوم عرفة
قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرنا
لكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها
وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي
فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج
فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت
الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا يثبت الفرضية مع
التعارض في الآثار قال وهي الاحرام والطواف والسعي قد ذكرناه في باب التمتع باب الحج
عن الغير الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة

او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين
احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى
الشاتين لامته اي ثوابها والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلاة
ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجري في الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول
المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب
النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص
المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت
لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فان النبي
عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد رح ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب
النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم

قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة
لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان
يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور
ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما
لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا
يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف
نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على
ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف
رح وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف
ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول
وهنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا
بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى
الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا وان امره غيره ان
يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين
والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي
عن محمد ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان امره واحد ان يحج عنه والآخر ان يعتمر عنه

واذن له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد
الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة
فعليه خلاصه وان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف
ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب
حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار
ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به
بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره واما اذا جامع بعد
الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا
وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى ان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا
فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث
ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث
وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي
من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين
الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل
لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رح ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه
الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا
هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس
ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم
انقطع عمله الا من ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية
من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى
ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق
الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل
الاختلاف في الذي يحج بنفسه وينبني على ذلك المأمور بالحج ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه
ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير امره فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء
الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما فرقنا
من قبل والله اعلم

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام

سئل عن الهدي فقال أدناه شاة قال وهو من ثلثة أنواع الإبل والبقر والغنم لأنه عليه السلام لما جعل الشاة أدنى لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولأن الهدي ما يهدى إلى الحرم ليتقرب به فيه والأصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الأكل من هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية وقد صح أن النبي عليه السلام أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها لما روينا وكذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا لأنها دماء كفارات وقد صح أن النبي عليه السلام لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الأسلمي رضي الله عنه قال له لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي أيام النحر أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فإن كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه دماء كفارة فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار أصلا في كل دم هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رحمه الله لأن الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب التعريف بالهدايا لأن الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فإن عرف بهدي المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تأويله الجزور

الجزور وقال تعالى إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد صح أن النبي عليه السلام نحر الإبل وذبح البقر والغنم ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياما أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو حسن والأفضل أن ينحرها قياما لما روي أنه عليه السلام نحر الهدايا قياما وأصحابه كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن في حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما قال والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن الذبح لما روي أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولأنه قربة والتولي في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي أجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط أجرة الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله إلا أن يحتاج إلى ركوبها لما روي أنه عليه السلام رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان لها لبن لم يحلبها لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح فإن كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فإن كان تطوعا فليس عليه غيره لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه لأن الواجب باق في ذمته وإن أصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه لأن المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لأنه التحق بسائر أملاكه وإذا عطبت البدنة في الطريق فإن كانت تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحتها ولم يأكل هو ولا غيره من الأغنياء بذلك أمر رسول الله عليه السلام ناجية الأسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات لأن سببها الجناية والستر أليق بها ودم

قوله وبالآخر عن المستقبل ونظيره ان يقول الرجل لها ان اتزوجك فقالت زوجت نفسي منك يصح النكاح ويكون اللفظ بحكم الماضي تبعا للماضي ... ان كان بعد التنظير قيل انه ليس بصحيح لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شطر العقد وقوله زوجتك هو الايجاب والقبول فيكون حقيقة الانعقاد ... فيقوم قوله زوجت بمنزلة قوله زوجت وتزوجت لانه قال بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل لانه ... على اللفظ المستقبل فيكون هو المنظور اليه اولا لانه صار بمنزلة قوله قبلت معنى وان كان مستقبلا صورة اعتبارا للتغليب فكيف ينعقد بقوله ... الا انه اضافه اليهما لانه ذلك سبب الانعقاد

جائز فيلحق بجنسها ثم ذكر الصدقة ومراده البدنة لانه لا تقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها
عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم والله اعلم

باب مسائل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد
قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه
عبادة تختص بزمان ومكان فلا تقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على
النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه
بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب
ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول
الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع
هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا
عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل
بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان
رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزأه لانه تدارك
المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رح لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع
مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة
بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه
دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا
فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة
الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر
بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ
المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا
فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق
عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها
وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية
منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا المشتري الا انه
يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح
لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان
يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع من غشيانها وذكر في
بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر
ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به
التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال رحمه الله
النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت
للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن
الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح
والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة
والتمليك والصدقة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة
فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق
المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد
الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين
مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رحمه
الله اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو
حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد
لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد
من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف
الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وستعرف
في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا
خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية
فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل
الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي
بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة
ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لانه

السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل شريف ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في وجوب المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز

فصل في بيان المحرمات

لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفي في موضع الاحلال بنفي الدخول ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قال ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين قال وان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما قال فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري

ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فيتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة قال ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها او ابنة اخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل قال ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لم يحل له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في دبرها واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها

لان النكاح ما شرع الا لثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية
فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا
الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى
ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابئات
اذا كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم
فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام
وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة رضي الله عنها وهو محرم وما رواه محمول على الوطء
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية
لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع
عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج
امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في تجويزه
ذلك للعبد وعلى مالك رح في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره
في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج
الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات
اذ لا تنصيف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة
ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا
ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف
اليمين لان المقصود ان لا يدخل في قسمها غيرها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء
وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة
لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك رح يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده
حتى يملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا

اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج
رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت وان
تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع
لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز
اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع
في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد
لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش
لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين
الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطئ
جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت
نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح فللزوج ان
يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان
يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان
الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء
لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها
والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال
وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة
وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان
يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل
بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت
مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة
واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما
بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط
فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل
ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت على ذلك بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها
وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف اولا

قوله الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا ينفذ باطنا وهو قول الشافعي رحمه الله لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود
كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة رحمه الله أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف
على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر وإذا ابتنى على الحجة وأمكن تنفيذه
باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحما
فلا إمكان والله أعلم

باب في الأولياء والأكفاء

قال وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة
برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر
الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا وقال
مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض
إليهن مخل بها إلا أن محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص
حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنما
يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي
حق الاعتراض في غير الكفء وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز في غير الكفء لأن كم من
واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد رحمه الله إلى قولهما ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح خلافا
للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها
بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها
وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وإنما يملك الأب قبض
الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت
فهو إذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت ولأن جنبة الرضا
فيه راجحة لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف
ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهية وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا
وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وإن فعل هذا غير الولي يعني استأمرها غير الولي أو ولي غيره أولى منه
لم يكن رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا
ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء بخلاف ما إذا كان المستأمر
رسول الولي لأنه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر
رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لأن النكاح صحيح بدونه ولو
زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو رضا على ما ذكرنا لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم
المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا

لا يشترط إجماعا وله نظائر وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله
عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق
في حقها وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها
بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى
بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة
رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها
بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا
فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها وإذا قال الزوج بلغك النكاح
فسكت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض
فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول إنه يدعي لزوم العقد وتملك
البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لأن
اللزوم قد ظهر بمضي المدة وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نور دعواه
بالحجة وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء
الستة وسيأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا
زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير
الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضا وجه قول مالك رحمه الله أن الولاية
على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف
القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح
ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازا للكفء
وجه قول الشافعي رحمه الله أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته
ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وأنه أعلى
أولى ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب
ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا لازمة
ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب
لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور
الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد

كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير
والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي ووافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما
كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ
ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه
الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة
فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد
يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر
فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن
الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء
ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي
ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر
بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت
ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها
الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد
الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل
فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو
الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لانه يصح من الانثى ولا
طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق
فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح
والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة
لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وهنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون
لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض
الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده

ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه
ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة
رحمه الله وقول ابي يوسف رح مضطرب في ذلك والاشهر انه مع محمد رحمه الله لهما ما روينا
ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة
رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات
واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له
واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رح لا يجوز
لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض
الى من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها
حيث هو فيه منع ولئن سلم فنقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه
فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون
في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر
لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ
باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع
في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة
وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء
الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان
الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج
مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفؤ فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر
فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش
بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض

رجل برجل والاعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا
مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا
باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة فاما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام
فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون
كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رح الحق الواحد بالمثنى
كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر
فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق
اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهو
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق
الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى عليه احكام
الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه ويخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان
لانه مستخف وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر
الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من
ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه
مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري
المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة
لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات
له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة
رحمه الله في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك
والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول
الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها واذا تزوجت
المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها
او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع
في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة
حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما في الابراء بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون
بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به

واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته
جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا
بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر
فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك
ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج
ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال
زفر لا يجوز واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال
زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي
يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير
ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت
الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول وتزويج العبد
والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل
امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد
موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي
لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده
فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت
فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز
وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا زوجت المراة نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل الخلاف ان الواحد لا يصلح فضوليا
من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين
الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف
وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس
كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام
وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امراة

فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا
الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وان امره
امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة
وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف
مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما
لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب
شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا
وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع
لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع
وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة
فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان في
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه
بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعنده تجب المتعة
كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان مات عنها او دخل بها لانه بالدخول
يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر
ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الآية والاقيسة
متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات
عنها زوجها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب بالدخول لان المهر خالص
حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما
يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى
ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله
والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة

رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول
الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة
دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي
لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف
الاول رحمه الله نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا
الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض
في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله
وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل
الدخول وعلى قول ابي يوسف رحمه الله اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص
بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها
صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك
مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه
انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر بدونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع
وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما
في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى
لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع
او يلحقه ضرر وقيل مرض الزوج لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان
لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء
والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له
الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله
واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز
من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها
التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا
استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر
لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه للمختصر ان المانع ان كان شرعيا كالصوم والحيض

تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن
حقيقة وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها قبل الدخول
بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من
الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق
فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط
مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه
فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل
واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الآخر ابنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان
جائزان وقال الشافعي رحمه الله بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف
منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد
ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على
خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته وان تزوج
عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن
والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك يتحقق
المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع
انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه
من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم
مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وبامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور
الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان
المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه
فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير
لا تتعين في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها
فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء

وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ
عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو
براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة
ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض
بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رح ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة
نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح
الا يرى ان الزيادة فيه لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
وهو قول زفر رح يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما
تقرر وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل
اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت
من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك
الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة قد تحملت في النكاح فاذا عين صار
كان التسمية وقعت عليه وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج
عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج
عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها
بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام
بها وعلى الفين ان اخرجها من البلدة فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها
لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان
حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا
فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارة
في قوله ان خطته اليوم فلك درهم فان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء
الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها
الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف

الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد
امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رحمه
الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت
لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا انه مهر المثل اذا كان
اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في
العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية
ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال
رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على حمار
او فرس اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال
الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع
لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال
فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان
يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على
الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس
وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان
الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل تسمية فيتخير بينهما
وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه
ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس شتى ولو سمى جنسا بان قال هروي
تصح التسمية ويخير الزوج لما بيناه وكذلك اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها
ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان
سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج
مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد
فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية
لان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوجها على هذا الدن من
الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها
على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه

الله تجب القيمة لابي يوسف رح انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته او مثله ان كان
من ذوات الامثال كما اذا تزوج على عبد وهلك المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول
اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج
على خمر او حر ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان
المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان
المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف
الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس
ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر
جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد وان تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه
مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رحمه الله لها العبد وقيمة
الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله
لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد كما لو كانا حرين يجب تمام
مهر المثل عنده وان كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين
في النكاح الفاسد قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء
منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل
بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفي
ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت
لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله
بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب
ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح
ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت
من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول
ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها ونساؤها اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشي
انما تعرف بالنظر الى قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت
الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لانها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل

ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل
يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في
البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه
الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع
الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كان الزوج والمرأة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر
حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه
فلو صح هذا الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه
لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه
ان يخرجها وان دخل بها الزوج عند ابي حنيفة اي ليسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج
في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها
المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان
المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف
رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا
كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق
وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار
مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم
المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض
ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت
المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع
بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها
الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا
في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل
الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القول
قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رحمه الله
ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء قليل يكذبه الظاهر فيه
وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في

الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي
في النكاح وصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا
ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في
الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم
كهو ووجه التوفيق انه وضع المسألة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة
فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها
والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما
اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها
الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل
وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني تقبل بينته لانها
تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج
الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل
المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان
الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت
احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى
القليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله
القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه بعد ان شاء الله تعالى
واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم
يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في
الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى
من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار
دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما
فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج
هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى
في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها لما بينا وقيل ما يجب عليه
من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه فصل واذا تزوج النصراني
نصرانية بميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول بها

او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قولهما في
الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول
بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال
وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام
الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما
يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل
الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف
وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا
كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام
الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت
وقيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج ذمي ذمية على
خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام
قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا كله عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رح لها القيمة في الوجهين لهما ان القبض
موكد للملك في المقبوض فيكون له شبه العقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا
بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع
التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك
في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج
الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب
ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض
واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون
اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة
قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب
مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق
فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان

ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما
وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق
ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة
لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد
لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين
وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق
برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان
في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من
كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس
هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد
المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها طلقة رجعية او قال طلقها تطليقة
تملك الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال
لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا
في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤخذ به بعد العتاق
لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف
لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ
مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب
المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا
ماذونا له امراة جاز والمراة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه
ان ولاية المولى بملك الرقبة على ما ذكرنا والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح
النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج
امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم
المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال
له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة جزاء الاحتباس ولو بوأها
بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط
بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان

للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة
رح لان النكاح من خصائص الآدمية فلا يملك انكاحه والعبد داخل تحت الملك المولى
من حيث انه مال بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح
اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنى الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا
بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن
زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله
لمولاها وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله
كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل
في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها
قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع
ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف
انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج
امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الاذن لها لان الوطء حقها حتى
تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة
المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد
وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت
فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة رضي الله عنها حين اعتقت
ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي
رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند
العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك
المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان
العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر
رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناه في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان
وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ
لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت
نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها
ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها

فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان
نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا
لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب
الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا
يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له
اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد
من تقديمه فتبين ان الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء
يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت منه لم تصر ام ولد له
ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها
عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا
يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد
للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد
له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر
لانه ملكه اخوه فيعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف
ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله ان يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون
الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور
ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق
طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم
الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني
ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان
عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن
اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة

الفقير ينوب عن الآمر في القبض، أما العقد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه. باب نكاح
أهل الشرك. وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما
أقرا عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم
قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام، وقالا في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني
كما قال زفر رحمه الله، له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم
لذمتهم إعراضا لا تقريرا، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق، ولهما أن حرمة
نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا
أحكامنا بجميع الاختلافات، ولأبي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون
بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم
لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء، والشهادة ليست شرطا فيها، وكذا
العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة. فإن تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق
بينهما لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة، ووجب التعرض بالإسلام
فيفرق، وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق، بخلاف العدة لأنها
لا تنافيه، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما، وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما، والفرق أن استحقاق
أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لأن
الإسلام يعلو ولا يعلى، ولو ترافعا يفرق بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما. ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة
ولا كافرة ولا مرتدة، لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل، والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه، وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها، ولأنه
لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه. وإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على
دينه، وكذا إذا أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه، لأن في جعله تبعا له نظرا له.
ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يحل للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته لأن فيه
نوع نظر له إذ المجوسية شر، والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض، ونحن بينا الترجيح. وإذا أسلمت
المرأة الكافرة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبى فرق القاضي بينهما
وكان ذلك طلاقا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام
فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا، وقال أبو يوسف رحمه الله
لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين. أما العرض فمذهبنا، وقال الشافعي لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضا
لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع

بنفس الإسلام، وبعده يتأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق. ولنا أن المقاصد
من الملك والازدواج وقضاء الشهوة وغيرها قد فاتت، فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة، والإسلام
طاعة لا يصلح سببا، فيعرض الإسلام ليحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء. وجه قول
أبي يوسف رحمه الله أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك. ولهما أنه
بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح
كما في الجب والعنة. أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند إبائها. ثم إذا
فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر
لها لأن الفرقة جاءت من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة. وإذا أسلمت المرأة
في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض
ثلاث حيض ثم تبين من زوجها، وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة، والعرض على الإسلام متعذر
لقصور الولاية، ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في
حفر البئر، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي رحمه الله يفصل كما مر في دار
الإسلام. وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى. وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما
لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى. قال: وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب
مسلما وقعت البينونة بينهما، وقال الشافعي رحمه الله لا تقع، ولو سبي أحد الزوجين وقعت
البينونة، وإن سبيا معا لم تقع، وقال الشافعي تقع، فالحاصل أن السبب هو التباين عندنا دون
السبي، وهو يعكسه. له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن
والمسلم المستأمن، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح، ولهذا يسقط
الدين عن ذمة المسبي. ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية، والسبي
يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء، وصار كالشراء، ثم هو يقتضي
الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح، وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده
الرجوع. وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام.
ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارا لخطره، ولا خطر لملك الحربي،
ولهذا لم تجب على المسبية. وإن كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها، وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع كما في الحبلى من الزنا، وجه الأول أنه ثابت النسب

فاذا ظهر الفرق في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بينا
وابو يوسف رح مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رحمه الله فرق ووجه الفرق ان الردة منافية
للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقاً بخلاف الاباء لانه يفوت
الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف
بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان
كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان
الفرقة جاءت من قبلها واذا ارتدا معاً ثم اسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً وقال
زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة
ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع
معاً لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار
الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها والله اعلم

باب القسم

واذا كان للرجل
امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما
بكراً والاخرى ثيباً لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة
وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه
وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة
ولا فصل فيما روينا والجديدة والقديمة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح
ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية
دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان
كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك
ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر
فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفراً اقرع بين نسائه
الا انا نقول القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق
للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له

ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات
بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول
الله ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت
حقاً لم يجب بعد فلا يسقط والله اعلم

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره
اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس
رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولنا
قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت
لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل
الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما
نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهراً عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي
رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من
الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهراً
ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد
حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت
لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه انتقص في احدهما
فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك
بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان
غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة
الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع
لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو
وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح
اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة
قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز
ان يتزوج بام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز
ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطي امها حرمت عليه
ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يترو

التغذي بكسر الذال المعجمة المشددة وفتحها لبيانية لأنه وصول الشيء مغتذي لا مغتذي وأما المغتذي بالفتح فهو الصبي غاية

كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الأصلاب في النص لإسقاط اعتبار التبني على
ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى
آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله
لبن الفحل لا يحرم لأن الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة
من النسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك أفلح
فإنه عمك من الرضاعة ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطا
ويجوز أن يتزوج بأخت أخيه من الرضاع كما يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك
مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها وكل صبيين اجتمعا
على ثدي واحد لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما
أخت وأخ ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعتها لأنه أخوها ولا ولد ولدها لأنه ولد
أخيها ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاعة وإذا اختلط اللبن
بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي
هو يقول إنه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة
الغالب كما في اليمين وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة
رح وقالا إذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما إذا لم تمسه
النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما أن العبرة للغالب كما في الماء
إذا لم يغيره شيء عن حاله ولأبي حنيفة رح أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود
فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذي بالطعام
إذ هو الأصل وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لأن اللبن يبقى مقصودا
فيه إذ الدواء لتقويته على الوصول وإن اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق
به التحريم وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء وإذا اختلط
لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رح لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل
الأقل تابعا للأكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله تعلق التحريم بهما
لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة
رح في هذا روايتان وأصل المسئلة في الأيمان وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت به صبيا
تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية وإذا حلب
لبن المرأة بعد موتها فأوجر به الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الأصل في

ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم يتعدى إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا
لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى
الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة في الوطء
لكونه ملاقيا للمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم
وعن محمد رحمه الله أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد
في الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء أما المحرم في الرضاع فمعنى النشو ولا يوجد ذلك
في الاحتقان لأن المغذي وصوله من الأعلى وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق
به التحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن
يتصور منه الولادة وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لأنه لا جزئية بين
الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة
الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع
بينهما نسبا ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها
وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة جاءت لا من قبلها والارتضاع وإن كان فعلا منها
لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت
تعمدت به الفساد وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأته وعن محمد
أنه يرجع عليها في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف
السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه إما لأن الإرضاع
ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب
لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه
إبطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت
بالنكاح وقصدت بالإرضاع الإفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها
قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة
بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا وهذا منا اعتبار
الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات
وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة
إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن
اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال

الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة
التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته
تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم
من ان يطلقها الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة
ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار
وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر والاباحة لحاجة
الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة
ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم
قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت
لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة
ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا
وقال الشافعي رح رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية
لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا
ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية
والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة
نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته
من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر
الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة
لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة
الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة
في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت يثبت في حق
المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع
مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها ان يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه

الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت
المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة ثلثا طلقها واحدة فاذا مضى
شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي
يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض
خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق
في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق
العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة
وهي مسألة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين
طلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع
تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض
باعتبار انه عند ذلك تشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي
ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان
الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا
يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق
او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل
بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله
لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق
على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما
ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه
زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد
طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل
واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق عليها لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه
مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على
الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية
بالقدر الممكن برفع اثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت وحاضت ثم

طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر
الطحاوي رح انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن رحمه الله ما ذكره الطحاوي
قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل
بين كل طلاقين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى
فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها
في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض
وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة
لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان تقع الثلث
الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض
او في حالة الطهر وقال زفر رح لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه
محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق
كلامه وينتظم عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة
وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا
وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت
طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت
فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع
فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث فصل ويقع طلاق
كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله
عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز
وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح
هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل
لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال
اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف
الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك
غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع
وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج
والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب

شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس
واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة
وستاتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان
زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله
عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل
فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة
لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما روى ان الايقاع بالرجال واذا تزوج
العبد امرأة حرة فطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح
حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى والله اعلم باب ايقاع الطلاق الطلاق على
ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع
الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان
صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال
وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه
ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى
الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع
القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رح انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى
لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بسكون الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية
لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع بها الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك
وقال الشافعي رح يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر
العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت
فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق
ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر
محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت
الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى
واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة

الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر
المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظ الاول فلان المصدر يذكر
ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا
لو قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا
لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم
والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال
الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رح هو يقول ان الثنتين بعض الثلث
فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت
لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما
الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ
الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق
الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد
منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت
مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه
اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول
رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه
يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى
فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج
على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا
القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا
منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع
وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة
ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع
وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح
وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة
ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي
ممتنع اذ الحرمة في الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا

انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان
محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح
اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا
يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر به عن جميع
البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى
وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق
ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين
ثلاثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة
قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل
نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين
واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاول هي ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر في الاول
لا يقع شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما
لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا
الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة
رح ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين
او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما
ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية
ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة
يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة
في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمهما الله ولنا ان عمل الضرب في تكثير
الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها وان نوى واحدة
وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف
ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة
مع ثنتين يقع الثلث لان في يأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي
ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال انت

في اثنتين ولو نوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلاث لأن قضيته أن تكون
أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه ولو قال
أنت طالق من ههنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لأنه
وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها
ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله أنت طالق
في الدار لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وإن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة
لا قضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق
حتى تدخل مكة لأنه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين
الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان
ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لأنه وصفها بالطلاق في جميع
الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص
في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم فإنه يؤخذ بأول
الوقتين الذي تفوه به فيقع في الأول في اليوم وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان
تنجيزا والمنجز لا يحتمل الإضافة وإذا قال غدا كان إضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه إبطال
الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت
آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء خاصة ولو قال
أنت طالق غدا لم يدين في القضاء في قولهم جميعا لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد
فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية وهذا لأن
حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ولأبي حنيفة رح أنه نوى حقيقة
كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة
عدم المزاحم فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري
بخلاف قوله غدا لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى
جميع الغد نظيره إذا قال والله لأصومن عمري ونظير الأول والله لأصومن
في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم
يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما إذا قال أنت
طالق قبل أن أخلق ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة
بغيره من الأزواج ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية

منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان إنشاء والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال
فيقع الساعة ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية
فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخبارا على ما ذكرناه ولو قال أنت
طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك وسكت طلقت لأنه أضافه إلى زمان خال
عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لأنهما
من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا أي وقت الحياة ولو قال
أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة
وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال أنت
طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة رح وقالا
تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى إذا الشمس كورت وقال قائلهم
وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما
ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما
في قوله متى شئت ولأبي حنيفة رح أنه يستعمل في الشرط أيضا قال قائلهم واستغن ما أغناك
ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال
وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار
أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار في يدها
فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية أما إذا نوى الوقت يقع في الحال
ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك
أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع
المضاف فيقعان إن كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها
فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان أن زمان
البر يستثنى عن اليمين بدلالة الحال لأن البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل
هذا القدر مستثنى وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخوا
على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق
فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد
كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال
الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق

من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في
القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض
خاصة هو اللغة فصل ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى
طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق فهي طالق وقال الشافعي
رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى
ملكت هي المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق
وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان
الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر
ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة
بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة
الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها
ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير
من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخرا وعلى قول محمد وهو قول
ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال
لامراته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول
الكل فعن محمد رحمه الله روايتان لمحمد رح انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او
بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت
طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى
قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق
ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في
الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر
واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء
ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى
حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك
الرجل امراته او شقصا منها او ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة
للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه
اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح

الو

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء
له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق
لما قلنا من المنافاة وعن محمد رح انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول
لانه لا عدة هناك حتى حل وطيها له ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين
مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق
بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود
وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير
التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي
حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين بقي شيء انه كلمة مع للقران قلنا قد
يذكر للتاخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى
الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت
حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج قرن
الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها وانما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع
الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة
الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق
ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة
بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق
على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يوخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يوخذ
فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته
فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان فصل في تشبيه الطلاق
ووصفه ومن قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي
ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد
المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي
واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

قيل اذا اشار بظهورها فالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل بكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان باينا مثل ان يقول انت طالق باين او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة باينة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا كان نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله باين او البتة اخرى تقع تطليقتان باينتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله باين وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسواه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان باينا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق طلاق البدعة لا يكون باينا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد رح انه قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان في حالة الحيض يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملا البيت فهي واحدة باينة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد التشبيه في العدد فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملا البيت لعظمه في نفسه وقد يملاه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية

السنة يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع باينا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم يكون باينا او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف عنده وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم يكون باينا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما العظم فللزيادة لا محالة وعند محمد رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع باينا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل الحبة مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة باينة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف انه تقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها باين

فصل في الطلاق قبل الدخول بها واذا طلق الرجل امراته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل قوله انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية والثالثة وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت عليها واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال

اراد بالاولى الاشارة بالمضمومتين وبالثانية الاشارة بالكف وانما تصدق ديانة لا قضاء لكونه خلاف الظاهر فيصدق لا قضاء في الصورتين جميعا لانه اشار اليها باصابع الثلاث المنشورة غاية

ولو لم يكن محتملا لم يحصل فيكون به غاية

من باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا غاية

يعني تقع البائن وذلك لان طلاق الشيطان وطلاق البدعة ضد طلاق السنة وهو رجعي اذا لم ينو الثلاث فيكون ضده باينا فيضاد باسس الاشياء غاية

اشارة الى قوله لان التشبيه يوجب زيادة لا محالة غاية

اي لكان قوله انت طالق كالجبل تشبيها للطلاق بالجبل في توحده للطلاق كالجبل غاية

ايضا فيفترقان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان
البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان
ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران
وعن ابي يوسف في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة
وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة
وقالا تقع ثنتان ولو قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت الدار
طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث
او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول لا تقع
الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر
الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط
فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الاختلاف فيما ذكر الكرخي رح وذكر الفقيه
ابو الليث رح انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب
الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة
للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال رضي الله عنه وهي على ضربين
منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي
رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد
نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة
واما الثانية فتستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل
الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة
واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهي ان تكون
واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى
النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع
بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر لكن التنصيص
على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان
العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال رضي الله عنه وبقية الكنايات اذا نوى
بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت

واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك
والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك
بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي
الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حال
مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان
ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما يصلح ردا والجملة في ذلك
ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب
والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا
وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله
في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح
ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري
لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا
مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو
الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب
الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك
فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في
قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق
في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة
الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات
عن الطلاق ولهذا يشترط فيه النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح
ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في
الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه
باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق
لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص
العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث لتنوع البينونة
الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا
خلافا لزفر رح لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي

وقال نويت بالاول طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
ولانه يامر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال
لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاول طلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق
فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما لو قال
لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت
بالثالث الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين
لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق
مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

واذا قال الرجل لامرأته
اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت
في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها
المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات
تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس
تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة
ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف
والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه
يحتمل اختيارها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في
قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج
الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه
لاجماع الصحابة ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام
نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها
وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف
الابانة لان البينونة قد تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها
اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين
ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك
فقالت قد اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له
فيتضمن اعادته وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في

وذلك لدفع الضرر قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس وان تطاول يوما او اكثر غاية

اراد به حكم استدامة النكاح وحكم مفارقتها غاية اي اختصاص المرأة بنفسها وذلك اي ثبوت اختصاصها غاية

قوله فيتضمن اعادته اي يتضمن كلام المرأة اعادة كلام الزوج لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال غاية

الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد
اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع
الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال
لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد
وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان
حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام
جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء
الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك
قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله
ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار
في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب
يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب
فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في
حق البناء ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم
جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد
يقع الثلث فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة
فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت
نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت
نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة
بالنص

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي
بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة
فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت
نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف
وهو في الاول الاختيارة وفي الثاني التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن
ضرورة انه ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة
في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث

قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة ... لان الهاء في الاختيارة للوحدة والاتحاد انما يكون في اختيار النفس ... [illegible] ... مفسر

اي الذي نواه وهو الطلاق من محتملات كلام الزوج لان كلامه وهو قوله اختاري يحتمل الطلاق بان يكون مراده اختيار النفس غاية

قوله وما يجري مجراه اراد به الوسطى والاخيرة والضمير في مجراه يرجع الى ذكر الاولى غاية

[illegible] ... الواحدة ... غاية

ني التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك
بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم
وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله
الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد
الآخر وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا
الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مستبدا
ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فيه وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر
في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما
لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك
في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها
لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم
لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين شيئين لا يملك
الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك
غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم
فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد
فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي
بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم
تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي
بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم اذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك
وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك
محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة
بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل
الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل
آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على
الاعراض وقوله فمكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل
يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فقعدت فهي على

قال شمس الائمة الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اي الاشياء واذا كان الامر اسما عاما يحتمل الخصوص فاذا نوى الطلاق صار كانه قال امر طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع عناية

معناه ليس للمرأة ان ترد الامر الذي صدر من زوجها بان تقول لا اختار كما ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق فاذا كان كذلك كان الامر قائما في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا عناية
قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل صاحب هذه الرواية اصل الرواية عناية

يعني قوله فاجعل الاكل غير مجلس ... عناية

على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت
قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون
اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير
وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار
التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه
روايتان عن ابي يوسف رحمه الله ولو قالت ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم
فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون
دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت
بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان
سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر
فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت
طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك
وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على
الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس ولهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف
الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق
ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها
ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي
لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت
ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل
الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل
كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه
ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم
يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا
بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع
بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي
نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما

اي رواية الجامع الصغير اصح لان في حال الاتكاء قد يكون للفكر لان الاتكاء سبب الراحة كالقعود عناية

يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها عناية

وقوله وينبغي ان يقع تطليقة رجعية اما اذا طلقت ولم تعرض بهذا تفسير الكلام محمد رحمه الله فانه قال لو طلقت نفسها بشيء احد وذي ... لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل عناية

اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو قال
لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة
في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان
يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر
على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه
وقال زفر رح هو والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشيته
فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك
هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله
وان قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع
الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت
نفسها ثلثا لم يقع شئ عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة
فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت
مبتدأة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد
مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكان بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف
الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث
اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغت وان امرها بالطلاق يملك
الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى
الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي
بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف
ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي
واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض
فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت
على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت
فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت
الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا
فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة

واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة
فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال
الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي
بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا
الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق
ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت
طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف
قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء
ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد بطل الامر لما ذكرنا ان المأتي به مشية
معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى
طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا
ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس
اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت
فلا يقتصر على المجلس ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان
دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا
واذا ما فهي ومتى عندهما سواء وعند ابي حنيفة رح ان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت
لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت
فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما
توجب تكرار الفعل الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت
اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شئ لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق
نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك
الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق
حتى تشاء وان قامت عن مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء
المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس
بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره
خصوصا وعموما ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة

ومعناه قبل المشية وان قالت قد شئت وحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج نويت
ذلك فهو كما قال لان عند ذلك يثبت المطابقة بين مشيتها وبين ارادته اما اذا
ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب يقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها
لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا
على موجب التخيير قال رضى الله عنه قال فى الاصل هذا قول ابى حنيفة وعندهما لا يقع
ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه
فوض التطليق اليها على اى صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها
ليكون مشية فى جميع الاحوال اعنى قبل الدخول وبعده ولابى حنيفة رح ان كلمة كيف
للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود اصله ووجود
الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها
ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شاءت فان قامت من المجلس
بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب فى الحال فيقتضى الجواب
فى الحال وان قال لها طلقى نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة
وثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابى حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة
فى التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامى
ما شئت او طلق من نسائى من شاءت ولابى حنيفة رح ان كلمة من حقيقة فى التبعيض
وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة
او لعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان فى الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك
فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهى طالق وقال الشافعى رح لا يقع
لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود
الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط
والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث
محمول على نفى التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبى والزهرى وغيرهما
واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار
فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت
الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا

مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى
اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة
اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها
فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك او سببه
ولا بد من واحد منهما

والفاظ الشرط

والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان
الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث
ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست
شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال
الا انها الحقت بالشرط لتعلق الافعال بالاسم الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريته
فهو حر قال ففى هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير
مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة تم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه
الا فى كلمة كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية
ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع
شئ لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين
به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس
التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهى طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج
آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور
قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق
لبقاء محله فبقيت اليمين ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق
لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى لما قلنا وان وجد فى غير الملك
انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية وان اختلفا فى
الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة على ذلك لانه متمسك
بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة تدعيه
فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان
حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة
ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول
وجه الاستحسان انها امينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما

قيل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة في ذلك فلا يقبل
قولها في حقها وكذا اذا قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي
حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك
طلقت هي ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة
بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كان
كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهو المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق
فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا
فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم
فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر
من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء
وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت
حين تغرب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار
بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه
ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق
ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي
التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة
وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت
الجارية اولا يقع تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر لما ذكرنا
انه حال انقضاء العدة فاذا في حال يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك
والاولى ان تأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا وان
قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت
عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة
الاولى وقال زفر رحمه الله لا تقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع
الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني
في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك
والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم
الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق

ليصير

مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق اما عند محمد رح فلعدم الهدم واما عندهما فلانه وجد الهدم ... لان الثلاث متعلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها ثنتين وتزوجت باخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار يثبت الحرمة الغليظة عند محمد رح لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحققه

ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل
الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني
عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول
ودخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح هي
طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث
عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يهدم فتعود اليه بما بقي وستبين
من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت
طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال
زفر رح يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث
واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل
للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته
اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر
فان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب المهر في الفصل الاول لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه
لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال
بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد
بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احدهما ولو كان
الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المس
ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا به لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق
او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا
من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا
يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون
الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله
لانه بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف

مسئلة الهدم

ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت
ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد
الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي
درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض
بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا
للفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل
الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال ثلثا الا ثلثا
يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم باب طلاق
المريض واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان
مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها
في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة
دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في
حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب
لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري
فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها
والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح
فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي
وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن
الميراث عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر
لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول
زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع
من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء
العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة
فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا
يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح في المسئلتين ان التهمة قائمة
لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان

فيتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه
التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق
الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في
صف القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم
ورثته ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما
يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق حقها بماله بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا
كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكمه
في بعض المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار
فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا
المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار
ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا
فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال
الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل
فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول
في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل
الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط
في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء
رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان
التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق
في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله
ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق
السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه
الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض
والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط
في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها
واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما
لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترثه لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام

وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح وهو قول زفر رحمه الله لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه والله اعلم

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح

في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كالقابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في احد قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك رضي الله عنه لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كي لا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت باقراره واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل

[illegible]

لانه حين علق لم يكن حقها متعلقا بماله فلم يقصد الفرار وحين وجد الشرط لم يوجد منه صنع والاضطرار يسلب عنها الاختيار ... الزوج فارا كما لو علق بفعل اجنبي او بمجيء راس الشهر كافي

يعني لانه في النكاح كان الارث ... وهو يعتبر الارث ... الحرمة ... الطلقات ... وهو النكاح

لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانه آلة له كما في الاكراه

والرجعة بالفتح والكسر ... استدامة ملك النكاح ولها شرائط ... تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم ... ان لا يكون بمقابلة مال ... من الطلاق ... ان يكون المرأة مدخولا بها ... ان يكون العدة قائمة

... ثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح الا ... فكان الوطء حراما كما ... في ابتداء النكاح

هو ... حتى ... رجعة

فلو جعلنا رجعة ... لانه يطلقها ثانيا لعدم الموافقة فيطول عليها العدة كافي

اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت ذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا يكون معتبرة ...

قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض
فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة
لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع
حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة كامل لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع
خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم
فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت
الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع
وتنقطع ايضا اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان
وقال محمد رح اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى
يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة
ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها
من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع
عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة فاذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها
لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال
المصنف رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت
الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء
اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل
لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رح ان ترك
المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رح هو بمنزلة ما دون
العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت
منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه
لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه
جعل واطئا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة
ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت الرجعة
اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة

يعني انه الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات اطلق الصلاة ليتناول المكتوبة وغيرها

يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واداء الصلاة وسجدة التلاوة

اي اكثر البدن وللاكثر حكم الكل الا ترى انه لو بقي عضو ليس بمنقطع كما في

لانه لا يتيقن

بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها
لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه
ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل
الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين
بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن
هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك
بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة
اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد
الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء
العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد
في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق
وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة
ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة
وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت
العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف
وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل
له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها
خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانه ربما تكون متجردة فيقع بصره على
موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد
على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا
ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة
فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده
ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر
ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمنا والطلاق
الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي رح يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق
ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه

ولا تلزم العدة لانها تجب احتياطا لاحتمال الوطي والرجعة لا تصح مع الاحتمال ولا يكون ذلك الا بالدخول

وان كان اكثر من سنتين لوصول الملك الى الولد ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك ... الولادة الثانية في اقل من سنتين ... الثاني مستفاد من علوق حادث ... وهو الوطي بعد الطلاق فكان رجعة

التشوف خاص في الوجه والتزين عام ... ان تجلو المرأة وجهها

يعني في اول الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة

التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة
لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخّر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم والله اعلم

فصل فيما تحل به المطلقة قال واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها
في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم
قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا
في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها
او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل
المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح
وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة
دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور
وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر يروى بروايات والاختلاف
لا حد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج
دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ
لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط خلافا لمالك رحمه الله والحجة عليه ما بيناه وفسره
في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها
للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء
الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي
وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج
واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا
هو محمله فان طلقها بعد وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح
لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها
على الاول لفساده وقال محمد رح يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل
ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة
او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول
عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية

غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله
المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي
وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان
يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول
الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة
وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته
والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون
من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث لانه فعل ما
حلف على تركه مع بقاء يمينه فيحنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب
الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث فان لم يقربها حتى مضت اربعة
اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب
القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع
بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد
بن ثابت رضوان الله عليهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى
انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة
به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع
به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها
عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية
وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها
ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها
بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة
التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر
عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس
رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا
مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين
الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما
ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب

مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما
مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا
لزفر رح هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا
ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه هنا لان المستثنى يوم منكر
بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك
اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو
قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان
من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق
او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة
لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف
فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية
فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع
وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية
قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة
قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك
او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع
باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين
منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف
بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة
لا يجامع مثلها او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول
بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه ذهب
الطحاوي رح لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد
باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء
وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته انت علي
حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق
في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث
وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو
الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره في باب الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف
لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق
الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه
بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك
وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة
ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان
ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك
بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا
ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز
منها كره له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل
ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس
ابن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء
وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة
وقد ترك في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال
فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد
علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا
ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة
على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض
في الطلاق كان رجعيا بان قالت طلقني على خمر او خنزير فطلقها فوقع الطلاق
ولا شيء عليها فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم
لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني

الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالاً
متقوماً حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا وجه
الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمراً لانها
سمت مالاً فصار مغروراً وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب
قيمة العبد لانه ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجاناً اما ملك البضع
في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة
الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهاراً لشرفه
واما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز ان يكون
مهراً جاز ان يكون بدلاً في الخلع لان ما يصلح عوضاً للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم
وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها
لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في
يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال الا بعوض
ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير
متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر عنه ولو قالت
خالعني على ما في يدي من الدراهم او من دراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم
لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام
يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها
تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة
العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط
الفاسدة فعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلاثاً بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث
الالف لانها لما طلبت الثلث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا
لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب
المال وان قالت طلقني ثلاثاً على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة
رح ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في
المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة
على للشرط قال الله تعالى يا ايها النبي اذا جاءك المؤمنات يبايعنك على ان
لا يشركن بالله شيئاً ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً

شرطاً وهذا لانه للزوم حقيقة ويستعار للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان
مبتدئاً فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بالف او على الف فطلقت نفسها
واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني
ثلاثاً بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق
على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول
في الوجهين لان معنى قوله بالالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط
الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبولها والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده
والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال
لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة
وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل وان لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق
لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم
بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة
لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان
دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت
فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل
وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين
والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها ولابي حنيفة
ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط
الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار
في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك
امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت
منك هذا العبد امس بالف درهم فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقراراً بالشرط لصحته بدونه اما البيع
لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة
كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند

ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه
في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المباراة لمحمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفي المعاوضات
يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف رح ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من
الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع
وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ
عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح
واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه
اذ البضع في حال الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند
الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فاذا
لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية
والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط فان
خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل
الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية
الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول
فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف
على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين
وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه
خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل
الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان
لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزمه لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها
حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل
حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا
من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم
الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض
والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار
والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة
الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل
الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال
وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه
منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها
فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق
في عضو لا يجوز له النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على
التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد
كالام وكذلك اذا قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك
او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع
ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته
لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش
في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو
لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه
تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم تكن
له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة
وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها
اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين
وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي
ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان
التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول
ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت
علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على
ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رح اذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا وقد عرف في موضعه
وله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار

الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى الذين يظاهرون منكم من
نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق
في المملوكة فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه
صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه
حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال
لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار
كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة منهن كفارة لان الحرمة تثبت في حق
كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان
الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم فصل في الكفارة قال
وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل
المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة
فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا وتجزي في العتق الرقبة الكافرة
والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي
عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رح يخالفنا في الكافرة ويقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارفته المعصية
يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت
جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير
مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه
ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد
حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس
ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان
اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم
وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما
يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل
فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق

عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى
بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا
تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق
مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر
ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة
لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا
ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو محتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق
المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى
اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عندنا وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف
كفارة اليمين والمسألة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد
مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب
صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق
معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة
رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع عن الكفارة وان
اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان
متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل
ابي حنيفة رح اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون
اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق
باقيه عنها لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون
قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق
الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين
ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه
منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر
منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم

وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم
تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه
ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف الصوم وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر
استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم
لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من
اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله
تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او صاعا من شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت
وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر
بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين
من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه
فان غداهم وعشاهم جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك
اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا تنوب منابه الاباحة
ولنا ان المنصوص عليه الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في
التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة
ولو كان فيمن غداهم وعشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام
في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان
اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه
لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني
كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد
في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد
في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان
قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم
فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن
ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة و

ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار
وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدي وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما
كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين
معتبرة واذا لغت النية فالجنس والمؤدي يصلح كفارة واحدة لان نصف
الصاع ادنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع
عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما
بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز
لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام
شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل
لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي
رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار
اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف
العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا
ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف
الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام
يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان
عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها
او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان
عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف
في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما
يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة
واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن
لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا
اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون
هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب

بنفي الولد لانه لما نفى ولده صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد
من غيره بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل
في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به
ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى
يلاعن او يكذب نفسه فيحد لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى ياتي
بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا الا انه يبتدأ
بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق
عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه وان كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في
قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي
وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان
هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم
الاحصان في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل
في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت
المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد
لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا
يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين
فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه ياتي
بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكره في الكتاب
ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لا تقع
الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رحمه الله تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة
بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا
امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قوله عليه السلام لذلك الملاعن ان امسكتها
فهي طالق ثلثا قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

هذا احتراز عن المديون المفلس فان الدين عليه حق مستحق عليه ولكنه غير قادر على ايفائه نهاية

من النص صح

وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله ع

بينهما حتى لو مات احدهما بعد الفراغ من اللعان قبل التفريق توارثا لان الفرقة عندنا لا تقع الا بقضاء القاضي نهاية

ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي قد انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه
عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان
ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان
ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف
بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد
بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها
بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي
انه عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان
نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي
يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره
فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها
وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف
غيرها فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف
امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن
الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف
الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات واذا قال الزوج ليس حملك
مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر
قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف
قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل
فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا
تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي
ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب
عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق
الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع

لعدم احصانها لان شرط البلوغ والعقل

الضمير راجع الى القذف

انه الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب وهذا قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح
في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله
انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو
قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت
وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة الذي ذكرنا على الاصلين
قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما
لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف
بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما منه لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه
والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية
وفي ذلك التلاعن كذا هذا باب العنين وغيره واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم
سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي
وابن مسعود رضوان الله عليهم ولان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع
لعلة معترضة ولآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على
الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك
بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من
طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج
فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة
تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة
وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة
في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق
الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان
كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب
يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما
في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان
وطئه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان

فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن
هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير
وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت
زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل
تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وتحتسب ايام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك
في السنة ولا تحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة
عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام
والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع
مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت
الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا
لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون
او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن
من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج
وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا باب العدة واذا طلق الرجل امرأته
طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض
فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة
اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن
براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض
عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد
وكذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى
اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق
جمعا ولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة
حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر
لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض
باخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال

اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى
فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت
لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه يتجزى
فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة
ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن الاية وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الاية التي في سورة البقرة وقال
عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج
واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا
فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق
ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق
الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في
حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته
امراته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر
باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلم لا يرث الكافر فان اعتقت الامة
في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير لقيام النكاح من كل وجه
وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح
بالبينونة والموت وان كانت ايسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى
من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا رات الدم على العادة
لان عوده يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق
الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين
ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا
والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء
حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث

ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فشابهت عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي
الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في
النكاح واذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل
ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن الاية ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت
لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا
المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث بعد الموت لانه وجبت
العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة وضع الحمل
فافترقا ولا تلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان
كالقائم عند الموت حكما وقال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور
منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امراته في حالة
الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص
عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه
المراة من الحيض محتسبا منهما واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة
الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة وانها عبادة
كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف
عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع فيها الا ترى انها تنقضي
بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور
وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها
من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم
الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من اخر الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب
ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل

الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع
جواز وجود غيره لان التمكين على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطى لخفائه ومساس الحاجة
الى معرفة الحكم فى حق غيره واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتى وكذبها الزوج كان القول
قولها مع اليمين لانها امينة فى ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا
طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه
المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب
كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول
الا انه لم يظهر حال التزوج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر حكمه كما لو اشترى
ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقى اثره
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك عن القبض المستحق فى هذا
النكاح كالغاصب يشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد
فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رح لا عدة عليها اصلا لان الاولى
قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال واذا طلق
الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان
تزوجت جاز الا ان يكون حاملا وهذا كله قول ابى حنيفة رح وقالا عليها
وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم وقد
بيناه فى النكاح وقول ابى حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة
فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف
ما اذا هاجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان
العدة حيث وجبت كان فيها حق بنى آدم والحربى ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك
الا ان تكون حاملا لان فى بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابى حنيفة رح انه يجوز
ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح فصل وعلى المبتوتة والمتوفى
عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه
السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام
الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعى لا حداد
عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته

مماته وقد اوحشها الابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روى ان النبى عليه السلام نهى المعتدة
ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح
الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها
ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك
الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفى الجامع الصغير
الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء
دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد
صح ان النبى عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب
وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء
لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب
كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا
تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال ولا احداد
على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع
عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى
بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حق العبد مقدم لحاجته قال وليس فى عدة ام الولد
ولا فى عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة
الاصل ولا ينبغى ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض فى الخطبة لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان
تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضى الله عنهما
التعريض ان يقول انى اريد ان تزوج وعن سعيد بن جبير فى القول المعروف انى فيك
لراغب وانى اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا
ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها اما المطلقة
فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها
الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة
الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش
وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى
لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا

واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين
الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة
في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر
لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل
الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان
الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط
واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه
لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت
نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة
يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت
بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه
يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر
وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا
من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف ومن قال لامراته اذا ولدت
فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها
حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها
لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت
الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر
في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث
وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة
ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان
لقول عائشة رضي الله عنها الولد يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
واقلها ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين

عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم
اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه
لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني
ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق
واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت
الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء
ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي
ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع
ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة
وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا
كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك
وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها
لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث باب
الولد ومن احق به واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي
ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له
سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق
عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه
بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته
والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر الام عليه
لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان
لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن
في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة

واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين
الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة
في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر
لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل
الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان
الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه
لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت
نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة
يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت
بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه
يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر
وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا
من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف ومن قال لامراته اذا ولدت
فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها
حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها
لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت
الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر
في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث
وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة
ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان
لقول عائشة رضي الله عنها الولد يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
واقلها ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين

عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما روينا
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم
اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه
لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني
ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق
واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت
الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي
ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع

ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة
وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا
كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك
وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها
لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث باب
الولد من احق به واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي
ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له
سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق
عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه
ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته
والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر المراة عليه
لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم يكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان
لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن
في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة

وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام
لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات
اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلن الاخوات معناه ترجيح ذات
قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها
لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة
اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه
لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت
الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال
فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه
غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة
والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي
وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده
والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى
يحتاج الى التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب
والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة
احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء
والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى
واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة
الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع
الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تواجرها للخدمة
فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها
وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق
حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل
الاديان او يخف عليه ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية
وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده
الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا
واما الحديث فقلنا وقد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام

او يحمل على ما اذا كان بالغا فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر
فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه
لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا وقال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم وان ارادت الخروج
الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيها اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب
الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه
كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان
التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا
الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد
ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية
الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر
بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها
وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته
عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة
والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف رح وعليه الفتوى
وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات
وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك
بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية
الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في
ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه
الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية
لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه
منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف
ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي
كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها وان سلمت نفسها اليه فلا نفقة لها لان امتناع
الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح
ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن
الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان
عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها
النفقة من ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا
حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان
كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة
والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت
مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة لان اقامة الفرض
عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج
تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر
ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة
لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ
البيت والمانع لعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رح انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت
تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا
حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج
اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد
لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رح تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح
الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها
بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه
من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان
موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة

ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية
وهي قد تستغني بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال
الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في
الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول
اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو
تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض
ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة
عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان
النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها
المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان
يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان
النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة
لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه
اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضى
شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط
بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء
ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها
نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي
رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل
الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة
وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا
لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت
نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج
العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين
وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين
التجارة في العبد التاجر وله ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة

فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة. واذا تزوج الرجل امة فبوأها
مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم
الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة
سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية
احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد
في هذا كالامة. فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا
وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها
ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص
حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد
وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول
عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي
وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول
والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج
الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة
وهو الصحيح. واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف
به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال
الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هاهنا فانه لو انكر
احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه
ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا
اذا كان المال في يد مضاربه وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها
دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة
فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع
على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي
على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانه ربما استوفت
النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة

ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رح
لان هناك المكفول له مجهول وهاهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة
نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة
هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة
لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيها والقضاء على الغائب
لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية وانه
لم يخلف لها نفقة فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا
يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقضي
لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها
وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت
يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب
لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها
فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او
بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح
بعد قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة
بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة
ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه
بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس
قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب
النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث
فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة
لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول
للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت
واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها
لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى
ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب

نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها
في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة
بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي بخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة
لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء
المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان
مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة
تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى
تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق فصل ونفقة
الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة
الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان
الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفالة على الاب واجرة الرضاع
كالنفقة ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي
ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه
تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر الاب من ترضعه
عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك
لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان
الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا
انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان
الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي
رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى يجوز استيجارها لان النكاح
قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحته
او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها واذا انقضت عدتها
فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت
كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة

وان بانت بردتها واسلمت لا تعود النفقة نهاية

كما يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه استيجار من ترضعه اذا وجد عني

اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع
اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير
واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه
اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب
هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم
يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فلا والاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا
فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه
في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين
وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم
من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه
فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته
في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب
النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد
اما الزوجة فلما ذكرنا انها وجبت لها بالعقد لاحتباسها بحق له مقصود وهذا لا يتعلق
بالاتحاد في الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه
بكفره فكذا لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا
مستأمنين لانا نهينا عن المبرة في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني
نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث
بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة
للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان
النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك
الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره
ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث
بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم
اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة

[illegible] الاب ينفق [illegible] الصبي العاقل [illegible] نفقة [illegible] وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية عنا

وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك وكان غنيا بماله والغني لا يجب نفقته على غيره عناية

القريبة وجهة دون البعيد والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك
ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان
القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب والولد مامور بدفع الضرر
عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال وتجب ذلك على قدر الميراث ويجبر
عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء
حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على
الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله
عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة
على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق
على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة
فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير
الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر
على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر فيه اهلية
الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه
يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد
من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق
عليه بخلاف نفقة الزوجة وولد الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح
لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله
شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد
انما هو القدرة دون النصاب والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان
الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه
فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان
وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له
لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين
له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ

ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته
وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف
غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في
الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء
منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ
منه نفقته لانه جنس حقه واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا
لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا
الجنس وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف
في مال الغير بغير ولاية ولا نيابة لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره
القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه
بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي
الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية
للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة
اذا قضى القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى
قال الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار
اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة فصل وعلى المولى
ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله
تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله
فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى
المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا
او جارية لا تؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق
وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها
تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان
ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر
على نفقتها الا انه يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا. تم كتاب الطلاق ويتلوه كتاب العتاق

كتاب العتاق الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذلك لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسنبينه الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني

وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء عنا

اي يكون البلوغ والعقل شرطا اذ قال البالغ ... ‎عنا

استثناء من قوله ولو قال له يا حر وقوله وكذا ... يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد عنا

قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما ... الوصف ... بانه اذا ... كان المنادى في الحقيقة ... موصوف بصفة الحرية ... عنا

لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان

ويعني قوله وثبت على ذلك ... والشفقة كذا في شرح ... حتى لو رجع ... صدق ... شرط ... العتق وقيل هو شرط ... عنا

يعني ... اي المحل ...

وحقيقته قوله يا مولاي ... والعتق ... كذا في النهاية

لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله
يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف
فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا
النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر
ولو قال يا ابني لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن سيده وكذا اذا قال يا بني ويا بنية لانه تصغير الابن
والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر واذا قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق
او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رح انه محال بحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته من حين
ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب
وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في
وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به
لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين
حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع
خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب
على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما
الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي وامي ومثله لا يولد لمثلهما
فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع
لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر
ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو
قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه
ولو قال لعبده هذه ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس
المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت
طالق او باين او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق اذا نوى وكذا على
هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم له انه نوى ما يحتمله لفظه
لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا
ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطل له وعمل
اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام

اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير
كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة
اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق
يحيى فيقتدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع و
بالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك
اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو
دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه قال
واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا
فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد
كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك
راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن قال ومن ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره
والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا
يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال
ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه
قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي تفترض
وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري
مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند
القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع لعتق تحقيقا
لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا الممتنع
وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة
والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك
لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ
الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين وعتق المكره والسكران واقع

لصدوره من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وإذا أضاف العتق
إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله
وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق لقوله
عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم
ولا استرقاق على المسلم ابتداء ومن أعتق جارية حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها ولو
أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه
تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه
شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط
في الإعتاق فافترقا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال
على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل
العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وإنما يعرف قيام الحمل وقت العتق إذا جاءت
به لأقل من ستة أشهر منه لأنه أدنى مدة الحمل وولد الأمة من مولاها حر لأنه مخلوق من مائه فيعتق
عليه هذا هو الأصل ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها وولد الأمة من زوجها مملوك
لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج
قد رضي به وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها
في وصف المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمية الولد والكتابة والله أعلم

باب العبد يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي
حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول الشافعي فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله لهما أن الإعتاق
إثبات العتق وهو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما
لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولأبي حنيفة رح أن الإعتاق
إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة
وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره والأصل أن التصرف يقتصر
على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة
فيبقى على الأصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب
عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا

بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله
أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق
لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ
وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد
ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق
فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء
استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء
بينهما وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى
العبد والولاء مع الإعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه
تبتنى على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني أن يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل
يعتق نصيبه إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي
الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح بثوب إنسان
وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا
لما قلنا فكذا هنا إلا أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال
قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق
على العبد بما ضمن لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم
التجزي وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده
والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك
مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام
مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان
ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق
في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حالة إعسار المعتق إن شاء أعتق
لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع
المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على

بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية صح

قيام الحمل نسخه

يصح صح

١٢ ولفضى صح

المعتق اذا اتى على العسرة بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة
قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رح في الموسر كقولهما
وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك
لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض ولا الى اعتاق الكل للاضرار
بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى على
على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها
في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل
واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا كان احدهما موسرا
والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه
عنده رحمه وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا
تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف
ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع
السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء
لهما لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي
بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل
واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين
سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ
المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي
الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر
لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف
في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا
الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل هذه الدار فلان
غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف
وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يسعى في جميع
قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال
لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا

تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف
كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه
او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويتأتى التفريع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية
او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق
واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع
القضاء وفي العبد الواحد المقضي له المقضي عليه معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى
الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر
ولا ضمان عليه للآخر علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه فالشريك بالخيار ان شاء
اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب
نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف
اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى
نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان
العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له
باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب
اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار
والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم
يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ
الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن
الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف
قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن
لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر
ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن
ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق
لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير

لنصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه ويعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه لم يفسد بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الاستيفاء به ببيع وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكنه ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه يخير ذلك المكاتب ادى على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد يعتق على ملكهما على هذا المقدار فاذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رح ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد واذا كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل يبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذه آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام

باقيان ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول وهو الذي اوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت يستحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج على ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات

الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثمنه ومن مهر الداخلة
ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد
ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما
او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق
من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن
وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة
وكذلك اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض
وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا
والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم
بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما بينا
ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان
بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق
وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا
فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان
لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف
الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك
في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد
فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما
وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل
واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل
واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام
ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط
العتق فان حلف لم يعتق واحد منهما وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية
الجارية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت
الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية
لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في
حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة

ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا
لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد
رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية
استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان
يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك
ولو امر بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى
العبد عند ابي حنيفة وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة
من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسألة
الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة
وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست
بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه
انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج
عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق
احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء
الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق
في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي
او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا
بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع والله اعلم

باب الحلف بالعتق ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له
مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه
اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في
ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ
لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط
على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول
من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت
ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام
الحمل وقت اليمين احتمال الوجود قبل تمام الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر

لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه مخصوص
واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك بدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وان قال
كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء
بعد غد عتق الذي يملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد
به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال
فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال
كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده
وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر
يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك
لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار
هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا
تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده
بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا
الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا
حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت
وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل
مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب
العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال
لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف
درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه
ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط
دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما
عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه
معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل
والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه

عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت
حر ومعنى قوله صح ان يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق
بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا
لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة
وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق
انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين
اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر
على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة
والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق
عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة
الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا
في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد
احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء
دفعا للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور
الفقه ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه
لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها
قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون
من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت
لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا
بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال
لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فاذا قبل عتق في مسئلة
الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح
قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته
فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق
فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع
سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه
بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية

او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وهي معروفة وموضعه
البناية انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت
العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره
اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف
ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان
اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال
اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب
القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف
واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت
حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره
وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب
مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت
فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه
الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه
عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط
فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير
وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام لا يباع المدبر ولا يوهب
ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب
غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولانه ما بعد
الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية
بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين
مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية
الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال
كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى ان
يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيها ثابت
له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا

لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى
دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد
قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضوان الله عليهم وان
علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي او سفري او من مرض كذا
فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر
المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرنا
عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق
تلك الصفة فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا
بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها
لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية
قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز
بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف
السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب
الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه
لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع
جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان
بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله وطؤها
واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت
نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما
ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء
الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير
وطئ بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت
بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه
بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه
ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث

٣ كالمنكوحة ح

وينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي
ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف
به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها ولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا
الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف
وعن محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان
حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب
يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق
الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد
وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن
المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين
وان لا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين
كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين
المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق
بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني
فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال
زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى
الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك
بالبيع او بالاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في
جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها
على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى
في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة
فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفي احد الاولياء يجب
المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته
لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره
بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور
له انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان

لان الامومية باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا
ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد
الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسبة
فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره
من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة
واذا وطئ الاب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها
وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب
وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان
وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان
الاب ميتا ثبت النسب من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب
ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد
فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في النصف لمصادفته ملكه ثبت في
الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق
من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة يصير
نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه
وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه
بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه
فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق
شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما
وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد
لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة
ابن زيد رضي الله عنهما ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما
ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت
في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كانه ليس معه غيره الا اذا كان
احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام

ابا للآخر

وفي حق الاب وهو آخر الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار
كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فيسر به
قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها
ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن
من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه
اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف
في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها
لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها
لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت
النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان
كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه
لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع كتاب الايمان قال الايمان على ثلثة
اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب
فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة
فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك
حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة
محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيه النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة
لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم
فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في
ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو
ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ
الله تعالى بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل
فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال
والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين

ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو
سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه
او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو
الحنث لا على حقيقة الذنب باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا قال واليمين بالله
تعالى او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها
عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل
لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا او مانعا قال الا قوله وعلم الله فانه
لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك
ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف
ولان الرحمة قد يذكر ويراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة
ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف قال رحمه الله معناه ان يقول
والنبي والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف
بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل
ذلك معهود في الايمان ومذكور في القران وقد يضمر حرف القسم فيكون حالفا كقوله الله لا افعل
كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون
الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى
آمنتم به اي آمنتم له وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد
رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات
الله وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله
اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون
يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله
او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة
في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال
والشهادة يمين قال الله تعالى نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف
بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية
وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي

يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خورم
بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله
بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف
باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا
بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام
من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني
او كافر تكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكنه
القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو
الغموس لا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو
يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف
يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله
او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف
وكذا ان قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه
الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف
فصل في الكفارة قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا
عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء اطعم عشرة مساكين
كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين
الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة قال فان لم يقدر على احد
الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص
ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور
في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه
ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزئه
عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه
وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا
ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف
الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي
او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف

على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلنا تفويت
البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال
الكفر او بعد الاسلام فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر
لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر
محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة
وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا
او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول
كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير
ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ من اليمين لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه
وهذا قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار
العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما
يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان
ايلاء ولا تنصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا
رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي
في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم برو
حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال ومن نذر
نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق
النذر بالشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق
بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول
محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان
فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف
ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا
التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث
عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى في يمينه الا انه لا بد من
الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين باب اليمين في الدخول والسكنى

قال ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان
البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار
لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب كان داخلا
وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة
فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت ذات حوائط اربعة
وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه هو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا
فدخل دارا خربة لم يحنث في يمينه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت
صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة
وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي
الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث
لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا
فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام
واشباهه لانه لا يعود اسم الدار وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار
صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف
يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق
بعد الانهدام قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار
الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا
اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب
بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من
الدار قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا
والقياس انه يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه
انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال وكذا
اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو
ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين
تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال
لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف
الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه

لانه محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد
الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة
نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان
اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله
لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح
من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان
السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر
لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك
ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى
يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من
مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا باب اليمين في الخروج
والاتيان والركوب وغير ذلك قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله واخرجه حنث
لان فعل المامور مضاف الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان
الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال
بالامر لا بمجرد الرضا قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة
اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج
الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال
من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال
الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو
الاصح لانه عبارة عن الزوال قال وان حلف لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في آخر
جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف لياتينه غدا ان استطاع فهو على
استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ
امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى
وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة
الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه حقيقة كلامه ثم قيل
يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه
فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى

خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق
ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة
واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال
حتى اذن لك ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم
يحنث وكذا اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه
تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة
عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج
الى بيته وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف
الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل
مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون
لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا
ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان
الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله
مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها
يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ
الدين لا يمنع وقوعه للمولى عنده باب اليمين في الاكل والشرب قال ومن حلف لا ياكل
من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب
فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس
المطبوخ ومن حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل
من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار الرطب تمرا وصار اللبن شيرازا لان صفة البسورة
والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين
الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ حنث
لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا
الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان
الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش قال ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث
لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل
مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر

بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار
كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب
على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه
يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير قال ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة
بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل
يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا فصار كما اذا حلف
لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء
لما قلنا قال ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث وفي القياس يحنث لانه يسمى
لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه من الدم ولا دم فيه
لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد
للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال
اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا
في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود
خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل
استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في
اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية فهي لا تقع على شحم الظهر
بحال ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع
ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث
حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لا يحنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل من خبزها
حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتوكل
قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما
وهو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في
الكتاب حنث ايضا قال ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير
ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف
لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد
في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه
محتمله وكذا اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان

او في بلدة قطع فهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشوا فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوي من بيض او غيره لمكان الحقيقة واذا حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا قال ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر قال واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشوا ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يوكل وحده بل يشرب والملح لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يوكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح قال واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشا من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي

العشي في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمهم الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا تنعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة قال ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه

وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة
فلا تنعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة
تصعد فيها وكذا التحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا
لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة
الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه
لا يتصور فلم تنعقد

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو
بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما
اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط
ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع
صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن
مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع
وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا
من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر قال وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين
حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا
عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين فكان
ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه قال وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته
لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث
فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام
ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة ايضا لانه لا
يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اليوم
اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد
وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين في القضاء
لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار
للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او
او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن
حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها
فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف

رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود
فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين قال ومن حلف
لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه
او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة
النسبة عند محمد رحمه الله يحنث في المرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف
لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة
وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه
فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة
فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله ولو حلف لا يدخل دار فلان هذه
فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة
ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالمرأة والصديق ولهما
ان الداعي في اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تعادى ولا تهجر لذواتها وكذا
العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة
اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في
المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان
فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق
بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل
قال ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد
به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى
هل أتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا
هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد
لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال
الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو
على ما نواه لانه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح

رحمه الله لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام فيراد به
الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى
واحد وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره
لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع
وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع
ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على اثني عشر شهرا لان
اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك
عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن
قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمه الله عشرة ايام لانه اكثر
ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كانت اليمين بالفارسية
ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع باب اليمين في العتق والطلاق قال
ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا حقيقة ويسمى به في العرف
ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة
الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى الجزاء
لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة
لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد
بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا
ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى
عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت
الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء
لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى
عبدا ومات لم يعتق لان الاخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات
عتق الاخر لانه فرد لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع
المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده
وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت
معرف فاما اتصافه بالاخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات

الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة
فلانة فهو حر فبشره ثلثة اعبد متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط
كونه سارا في العرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا جميعا لانها تحققت
من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه قال وان اشترى اباه ينوي به
عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط الاعتاق فاما
العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا
ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه قال
ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه
عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه
بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها
لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال
ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت
في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد
وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في
الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير
التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره
ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء
حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذا وزان مسئلتنا
ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة
في هؤلاء اذ الملك فيهم ثابت رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك ثابت رقبة لا يدا ولهذا
لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية
ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين لان كلمة او
لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف
للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر

او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا **باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك**
ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد
حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو
العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف
ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده قال ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق
او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل
الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء
خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح
شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته
غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت
ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان
الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ
ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح
ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة
فيصدق ديانة وقضاء قال ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة
الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان
منفعته الائتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق
فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على
البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف
ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره
علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاصه به وذلك
بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب
وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته
فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال
المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو
الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق يتعلق بتعليقه والمعلق
كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة

٢ عائدة اليه صح

٤ فلم ينسب نخ

الامة فامرأته طالق ثم اعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع
لفوات محلية البيع قال واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا
طلقت هذه التي حلفته في القضاء خاصة وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه
جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم
الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت
عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه
تخصيص العام **باب اليمين في الحج والصلاة والصوم** ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي
المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي
القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي
رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي
زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك
ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ
غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا
الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف
الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا قال ومن قال عبدي حر ان لم احج العام
فقال حججت فشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته
انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما
يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم
وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات
على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به
الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اليوم واليوم صريح في تقدير المدة قال
ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس
ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن

علي المشي صح

بتكبير الافتتاح ١٢

الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو
الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه
يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء باب اليمين في اللبس
والحلي وغير ذلك ومن قال للامراة ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته
ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف
ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا
الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المراة ليسا من اسباب الملك وله ان غزل المراة
عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت
من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم
فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم
وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع
لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا
الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به
على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش
فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع
النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه
لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا
ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس
على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة
باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدي حر فمات
فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب
في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة رحمهم الله وكذا الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف
الى اللبس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول
عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات
لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت قال ومن حلف لا يضرب امراته
فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال

الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت
وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز
العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس
مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل هو الصحيح باب اليمين في
تقاضي الدراهم ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو
اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك
منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة
او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا
فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة
حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا و
قبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض
ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من
صاحب الدين قال ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض
جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف
مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل
الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى
عنه قال ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامراته طالق فلم يملك الا خمسين درهما
لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك
اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء مسائل متفرقة واذا حلف
لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن
كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي
فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل قال واذا استحلف
الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر
غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر
الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رحمه الله
فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل
ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

قال ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له وللبهائم
ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج
والشراء يبتني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق
لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم كتاب الحدود الحد لغة
المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص
حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به
العباد والطهرة ليست باصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد
ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته
مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر قال فالبينة ان تشهد اربعة
الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا
باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان
في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم
الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر
ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه
او زنى في دار الحرب وفي المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء
جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها
كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر
العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق
عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه
حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتهمة
بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسنبين الفرق ان شاء الله قال والاقرار
ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر
رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد
واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق
وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادات
ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات
في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت

فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف
المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار
والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما
اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في
كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه
الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم
العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع
المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي وهو قول
ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة
وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد
يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف
لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع قال ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع
فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه لعلك مسستها او قبلتها
قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب
من الاول في المعنى فصل في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا
رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا رضي الله عنه وكان قد احصن وقال في الحديث
المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء
ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد
قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء
وقال الشافعي لا تشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع
مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود
من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر
الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي
عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة
مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله
عليه السلام لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل

بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً وصلى النبي عليه السلام على الغامدية
بعد ما رجمت وان لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن
فبقي في حق غيره معمولاً به قال ويأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً
متوسطاً لان علياً رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين
المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود
وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان علياً رضي الله عنه
كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد
مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق
الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر
لا متلف قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب
الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه
وهو مجمع المحاسن ايضاً فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك
اهلاك معنى فلا يشرع حداً وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضاً رجع اليه
وانما يضرب سوطاً لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطاناً
قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان من دعاة
الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائماً غير ممدود لقول
علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً ولان مبنى
اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان
يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب
فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق
وان كان عبداً جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصاً للعقوبة لان
الجناية عند توافر النعمة افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة
في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع عنها ثيابها
الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان
وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة

جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام
حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك
لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن
لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز
رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك
غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي
له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه
ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر
منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد
ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام
او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع
عنه واحصان الرجم ان يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً
صحيحاً وقد دخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية
العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع
الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد
باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام
يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية
بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف
في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا
كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس
بمحصن والمعتبر في الدخول ايلاج الذكر في القبل على وجه يوجب الغسل
وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة
او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصناً وكذا اذا كان الزوج
موصوفاً باحدى هذه الصفات وهي حرة عاقلة بالغة مسلمة لان النعمة
بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية

وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا استرقاق مع الاختلاف في الدين والولد
يتبعهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلمة اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد
والرجم لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر
غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع
في البكر بين الجلد والنفي وقال الشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى
فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور
ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد
البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهي من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة
لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله
عليه السلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه
قال الا ان يرى الامام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك
تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام
وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده
الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد
لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا تقام القطع عند شدة الحر
والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد
اذ هو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع
يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان
التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم
يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام
قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد
ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه
عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء
الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور

والحرمة

والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه
السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى
شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق
من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن
ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق
الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول
وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه
وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع
جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق
على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها المولى وهي في العدة وجارية
المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب
الحدود وهو الاصح ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال
علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية
ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل
التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والجارية المشتركة بينه وبين
غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع
لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد
وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم
بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا
هذا نقول ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي
حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق
الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه
لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن
في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه
في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على
مال بمنزلة المطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار

في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها
ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب
في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك قال
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي
حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت
ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة
الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت
انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد
وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع
فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه
وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان
الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته
وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي
رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ
الانسان لا يميز بين امرأته وغيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه
الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة
على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا
الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان
اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك
فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه
الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله
فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه
الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف
ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان

ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل
فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه
ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون
الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع
المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع
الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي
وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول
ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة
في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله
انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار
والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا
لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا
لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه ومن
وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود
الداعي فان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط
الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه
تذبح البهيمة وتحرق وذلك لقطع التحدث به وليس بواجب قال
ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
وعند الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا
قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار
وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام
بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له
ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى
في معسكره لانه تحت امره بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض
اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي
بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول

فحجة في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحد
عند محمد وهو قول ابي يوسف اولاً وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا
قوله الآخر لابي يوسف ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا
في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل
قصاصاً بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار
بل لحاجته كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكّن من الرجوع الى
دار الحرب ولا يقتل المسلم والذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل
مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد وهو الفرق
ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له بدليله على ما نذكره فامتناع
الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع
لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة
وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن
زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع
على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي
والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة
تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة
يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها
لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلاً منهما
مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا
يسمى هو واطئاً وزانياً والمرأة موطوءة ومزنياً بها الا انها سميت
زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها
مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من
هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة
فلا يناط به الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة

يقول

يقول اولاً يحد وهو قول زفر لان الانتشار آية الطواعية ثم
رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم
فاورث شبهة قال وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وقالا
لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك
وقد يتحقق من غيره وله ان من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة
بالسلطان وبجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر
لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه
الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات
في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا
وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى
النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط
الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد
وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد
منهما حكمها وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب
لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعدما زنى بها وهو على هذا الخلاف
واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق
قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان
يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع
لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها
معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه
قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك ثبت في الجثة العمياء وهي عين
فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام
فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله
تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد
بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة
بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب
فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف
خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر
أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة
حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق
العباد وبالإقرار الذي هو إحدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين
حسبتين بين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار
الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة
حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير فيها لا للستر يكون آثما فاسقا فتيقنا
بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وحد شرب الخمر
والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار
عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد
ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم
بخلاف حد السرقة لأن الدعوى فيه ليس بشرط للحد لأنه خالص حق الله
تعالى على ما مر وإنما تشترط للمال ولأن الحكم إنما يدار على كون الحد حقا
لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار
على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير آثما فاسقا
ولأن التهمة تتحقق في الدعوى لأنه مخير بين الستر بدعوى مطلق الأخذ
وبين الحسبة بدعوى السرقة إقامة للحد وإن أخر للستر ثم الدعوى يكون
لضغينة فيتهم في الدعوى ودعوى الحسبة في حق الله تعالى تبطل بالتهمة
فينعطف عليه ببطلان الشهادة ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء
يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله حتى لو هرب بعدما
ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه لأن الإمضاء
من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع
الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة
لم يقدر في ذلك بشيء وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد

فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء

فالتقادم قبل القضاء

رحمه الله أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمه الله وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان
تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه
وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا
أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى
وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال أنها
امرأته أو أمته بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد لأنه لا يخفى عليه أمته أو امرأته
وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته
درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة
لاتفاقهما على تحقق الموجب في حقه وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو
الإكراه بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها
ولم يثبت لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم
بهما ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وإنما يسقط الحد عنهما
بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا
خصمين في ذلك وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى
بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف
باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة
وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد
كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يحد لاختلاف
المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل
في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع
في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر
فيشهد بحسب ما عنده وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند
طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد

عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود
لاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد
عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن
اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحدود وليست بحجة في
ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم
عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون
ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا
من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت شبهة
الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق
لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور
لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم
شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا
فلهذا امتنع الحدان وسياتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق
ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده قال وان نقص عدد الشهود
عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة
عن القذف باعتبارها قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب
بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم
قذفة اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب
وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب
ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا
الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده
وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز
عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم
فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم
وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب
مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو

وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح
كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة فان شهد اربعة على
شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان
لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم
قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم
قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل
وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده
وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق
فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل
دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات
واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف
حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث
ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان بالفسخ
شهادته تجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني
عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره
لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود
عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه
وقال محمد يحد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا تنفسخ
الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء
فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود
عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع
خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما
يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون
وان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية

قوله فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث

الحد فيما ذكرنا واما الغرامة فلانه يبقى من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق
والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على
رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين
عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح هي على
بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم
اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان
شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت
في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط
ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية
والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد
قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون
حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا
فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة
بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث
شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه
ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم
وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلاث
سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على
بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب
الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم ياتمر
امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم
لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت
منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط
لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة
والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان

بالاحصان رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي
مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه
شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه
حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد
ذميان على ذمي زنى عبده المسلمة انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا
ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا
فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحادثة بخلاف
ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه يتضرر به
المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا
لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها
موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك
اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد
والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحد وكذا اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق
غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي
الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة
فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول
ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان
قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند
تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه ذلك على
الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما
تقرر وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت
باجماع الصحابة ولا اجماع الا براي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط
قيام الرائحة على ما رويناه فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران
فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد

في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت بتفاوت الاشخاص فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب

الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الحشو والفرو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية

المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا ثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله
ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر وان كان المقذوف محصنا
جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف
تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا
تناوله صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذ بالحد
وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال
ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق
بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال
لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف
امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى
لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده
ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام
المانع ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل
بالموت ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على
انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد
فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص
فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه يسمى حدا والمقصود من
شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل
ذلك تشهد الاحكام واذا تعارض الجهتان فالشافعي مال الى تغليب
حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى
تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف
فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع
ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها
انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن

صورته ذلك قذف عبده الحر لام محصنة ولا الابن ولا ... دائما ولا لاته ولا ام ... دائما ...

وعن ابي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان
الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف
ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف
ما هو خالص حق الله لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد
لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست
بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به
التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه
وسخائه وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان
كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله اباءك ابراهيم
واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال
اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت
صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
وارق فوق الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل
في الفاحشة ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز
وحالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا
قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد
لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال
لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة
عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا
فيه ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة
ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب
الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف
ليس باهل له ولا ابطال في عكسه فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى
الحد واذا قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعدما
قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها

ذكر في المبسوط وكذلك لو قالت المرأة لزوجها مبتدأ زنيت بك ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان ...

ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناى ما كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت احدا غيرك فهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فيصار اليه قال ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف واذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده فى الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حى او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطى وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطى وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطى المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطى فى غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطى فى الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور ليكون ثابتا من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطى جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت فى نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت فى نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهى مجوسية او امراته وهى حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام

قيام الملك وهى موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابى يوسف ان وطى المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطى ولهذا يلزمه العقر بالوطى ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هى موقتة ولو قذف رجلا وطى امته وهى اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابى حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر فى النكاح واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذى وموجب اذاه واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعى تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا فى قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الباقى وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما

وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل
لان المغلب فيه حق العبد عنده فصل في التعزير ومن قذف عبدا
او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب
الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا
فقال يا كافر او يا فاسق او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين
به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته
في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى
الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه
وفي عرفنا يعزر لانه يعد شتما وقيل ان كان المسبوب من الاشراف
كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة
لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات
وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله
عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا
فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وذلك اربعون فنقصا منه
سوطا وعن ابي يوسف انه اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية
ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية
نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب
بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله
ان ادناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف
باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره
وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا
والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم
الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في
الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير
بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب
التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف
كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق

التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد
الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع
فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه
محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة
فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه
هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة
كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا ضرب زوجته لانه مطلق فيه
والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب
الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب
الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم
في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى
اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم كتاب السرقة
السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه
استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه
اوصاف في الشريعة على ما ياتيك ان شاء الله تعالى فالمعنى اللغوي مراعى
فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار
واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق
مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى
مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق العاقل البالغ
عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه
وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق
دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات
تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها
فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير
بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل

في تقديره بثلاثة دراهم والأخذ بالأقل وهو المتيقن به أولى غير أن الشافعي
يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر
درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا
لدرء الحد وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد
تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم واسم الدراهم
ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في
الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق
تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة
مثاقيل لأنه المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم
إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا قال
والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل ولأن التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس ويجب القطع بإقراره مرة واحدة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ويروى
عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة
كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما أن السرقة ظهرت بالإقرار مرة فيكتفى به كما في
القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل
تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد
لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه
واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال
ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن
يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة
الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة قال
وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع
وإن أصابه أقل لا يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل
واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الإسلام كالخشب
والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والأصل

والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد
جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات
فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة
إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولأن الحرز
فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة
لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه
وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك
المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام
لا قطع في الطير وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب
والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا قطع فيما
يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والبطيخ والفواكه الرطبة لقوله عليه
السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام
لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل
منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا وقال
الشافعي يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فإذا آواه الجرين
أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في
عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على
الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز ولا قطع في الأشربة المطربة
لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ولأن بعضها ليس بمال
وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور
لأنه من المعازف ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع
لأنه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع إذا بلغت
قيمة الحلية نصابا لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر
أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ولأنه لا مالية له على اعتبار
المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر
بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا في أبواب

المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار
ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال
ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها
الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة
فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في
المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية فيه
ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال
وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته
وقال ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلي وهو نصاب لانه يجب القطع
بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ
او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع
في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير
لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار اليد
وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان الصغير لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه
آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض
ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها
لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا
يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان
من جنسها ما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء
ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة قال ولا قطع في دف ولا طبل
ولا بربط ولا مزمار لانه عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رح آخذها
يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل
لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة
في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من
اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام
غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني
او ابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز

تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير
الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على
الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل
على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن
ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف
وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن
ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي
عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز
مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث
لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في
نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان
القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت
في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا قطع على السارق من بيت المال لانه مال العامة
وهو منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم
فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا
لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه
يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا
بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء
قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر
بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع
الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق
الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها
وردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو
رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه
من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما
اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع

اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد وبالرد الى المالك ان عادت
حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام
الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه
ولان تكرار الجناية منه بعد تحمل مشقة الزاجر يبعد الاقدام عن المقصود
وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول
فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه
قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل
محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع
ثانيا فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم
محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز
والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى موضع الزينة الظاهرة
بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه يلحقها
بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع
غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه
وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها
من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة
وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل
عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر
فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين
من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود
الاذن بالدخول عادة واذا سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان
فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رح لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو
نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا
وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله عنه
درأ وتعليلا قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز
بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه ثم
قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق

و حفظ بصاحبه

الحرز نوعان

والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه
فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان
من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ
هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح
حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج
لقيام يده فيه بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد
المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما
والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في
العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف
ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام
او من بيت قد اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول
فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها
بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه
عنده يحفظه قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال
محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع
لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف
اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه
بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار
لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها
في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها
من مقصورة الى صحن الدار يقطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على
حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا
واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع
عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه
والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رح
ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج

يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه يقطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذ فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه تمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد

دخل الحرز جماعة

يقصد بالوضع فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون حرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذلك ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت

الاصبعين لانهما بمنزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال الحاكم
للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو
القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل
عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير
موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ
في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد
الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
ولابي حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره
ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو
اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد
عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة
الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة
لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا
للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بالخصومة وكذا اذا
غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع
والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطع
ايضا وكذا للمغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع
وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض
على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة
المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن
بعد قضاء الدين او قبله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه وللشافعي
بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية
الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه
تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت
عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا
اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود

من الخصومة احياء الحق وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر
ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول
الحرز ثابتة فان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة
ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب
عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة
في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل
ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان
سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق
سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف
رح انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة الى الحاكم وجه الظاهر
ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة المنازعة
وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها
فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه
اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع
وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا
العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء
من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط
قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما اذا ملكها قبل القضاء قال
وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء
وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين
ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا
بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا
كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا ادعى
السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه
بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه

لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولأن الشبهة دارئة للحد
وتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار
واذا اقر الرجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل
في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على
الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر
في قول ابي حنيفة رح الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر
ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى
معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر
واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال
محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة
مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال
زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص
لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير
مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا
عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره
من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة
في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد في المحجور عليه
ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد
في سرقته يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا يسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل
بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق
القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ذلك
وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان
كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار
بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال

والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي
القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بسرقة ثوب غير المودع اما لا يجب
بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع
قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها
على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك
وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يتمانعان فالقطع حق
الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال
فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم
على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء
الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي
الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا
في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان
العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك
اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات
سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها
فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى
المسألة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن
شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من
الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها
فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى
لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفى
فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف
اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض باب ما يحدث السارق في السرقة قال
ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع
وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش وانه

يوجب القيمة ويملكه المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع
ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء
الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا
سرق البائع مبيعا بعد البيع معيبا بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك
وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة
وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا
ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع
بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة
فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا
او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب
فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه
لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة
شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب
ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد
الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ
تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد
الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا يرى انه غير مضمون على
السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة
ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود
اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رح
هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة
لكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع
حق المالك باب قطع الطريق قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر
على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا
حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم
على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع

الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل
فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم
التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى
ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في
الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها
ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان
المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناه لما تلوناه وشرط ان يكون
الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن
لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله
ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة
والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى
عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع
ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال
محمد يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس
في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها
وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل
معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا
في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن
نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيتخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج
بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب
توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع
وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى
به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره
قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع
فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم
اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض

حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد
تحقق قال والقتل اذا كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا
للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه
فيما فيه القصاص واخذ الارش منه مما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد
في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي فان اخذ مالا ثم
جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت
عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا
فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام
بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع
في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان
اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم
من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة
وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة
الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار
بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل
فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم
فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال
مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه
فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيه
مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هاهنا الامتناع
لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء
لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا عنه واذا قطع
بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة
كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس
بقاطع للطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطعا للطريق وهو قول الشافعي
لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه
لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم

وان شاؤا صالحوا
مبسوط

في المصر

بقربه

بلغ

قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن
نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان
الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق
ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء
لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة
القتل بالمثقل وسنبين ذلك في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر
غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل
والله اعلم كتاب السير السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور
وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى
اقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيمة اراد به فرضا
باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز
دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين
كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان
الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح
فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان
لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب
الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب
الجهاد على الصبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى
والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع
الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن الزوج والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض
عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة
والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى
والزوج قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجرة ولا ضرورة اليه
لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي

المسلمون بعضهم بعضاً لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ويؤيده أن
النبي عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب
عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لما روى
ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام
قال فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال النبي عليه السلام أمرت
أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث فإن امتنعوا دعوهم إلى أداء
الجزية به أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي
به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه
كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه
لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها
فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية
لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد
بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة
إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم
إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين
لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلوهم
قبل الدعوة أثموا للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار
فصار كقتل النسوان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار
ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون
وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحاً ثم يحرق والغارة لا تكون
بدعوة قال فإن أبوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام
في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن
أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر
على أعدائه فيستعان به في كل الأمور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب
رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم لأنه عليه السلام أحرق
البويرة قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم لأن

لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم
فيكون مشروعاً ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسيراً أو تاجراً لأن في الرمي
دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص
ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وإن تترسوا
بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار
لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض
بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد
فبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف
مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب
كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع
والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة
للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض
العدو ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل المصحف إذا كانوا قوماً
يفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم
لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة وأما الشواب فمقامهن
في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف
المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة فإن كانوا
لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها
ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو للضرورة وينبغي
للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغدروا
ولا تغلوا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض
العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو
المنقول ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى
لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس
الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا
في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا

وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى
النبي صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم
قتلت الا ان يكون احد هولاء ممن يكون له رأي في الحرب او تكون
المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هولاء
دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس
بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن
ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من
المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه
احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى
يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب
قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه
لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا
اولى باب الموادعة ومن يجوز امانه واذا رأى الامام ان يصالح
اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى
وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة
عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد
معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر
الحكم على المدة المذكورة لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا
لانه ترك الجهاد صورة ومعنى فان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع
نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين
اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك
الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود
وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك
بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان
بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك
باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل
جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو

ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم
دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم
صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى وان رأى الامام موادعة
اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة
بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان للمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز
لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم
بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال
فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون
فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم
طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما بين
ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين فطلبوا
الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء
الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع
الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب
ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب
وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا
الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة
لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس
في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص لانه عليه السلام امر ثمامة
ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه فصل اذا امن رجل حر او امرأة
حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من
المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم
ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال
فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى
الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل
كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا
آمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام

حصنا وآخر واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام اليهم كما بيناه ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما يفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح امانه وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع ليتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون له لانه رضي به والخطأ منه نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

قال واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عمدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد كثر مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال يأخذه منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض

يعني العبد المحجور في قياس العبد على العبد المأذون له

صح ذكسر شوكة الاعداء ثم تحرق بالنار لينقطع منفعتها عن الكفار وصار
كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة
وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا
للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رح
لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي له
ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود
ولا معنى للاستيلاء الا اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع
الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء
اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده
ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسمها الامام لا عن اجتهاد
لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول
ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم
في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد
عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو
المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا
واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا
للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة
عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم
الملك فينقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح
في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد
معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر
فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند
القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهدها على قصد القتال
فان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها
الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم
يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في

المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان
في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم
في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في
مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر
العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع المغانم قبل القسمة في دار الحرب لانه
لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار
الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته
لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح
من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا باس
بان يعلف العسكر في دار الحرب وياكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه
ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه
الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت
نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة
بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها
فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام
كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي
بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة
الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بغير قسمة وتاويله اذا
احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا
ولا يتمولوه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو
اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله لا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه
بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم
رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع
فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام
بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان

المحرم يستباح للضرورة فالمكره اولى وهذا لان حق المالك محتمل وحاجة هولاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه في فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهر على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد الحقيقية لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد يثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست

في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ردوا قيمته الى المغنم ان كان لم تقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه فصل في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رح ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين

والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فيستويان ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل جواب الاصل على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر فبشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا بالمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر

كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة فلا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل واحد او اثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة

جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة
فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد
والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم فصل في التنفيل قال ولا باس بان ينفل الامام
في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت
لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها
النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون
بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله
مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة
بدار الاسلام لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين
في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء
وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام
من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعثه له ولان القاتل مقبلا
اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة
الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن
ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل
نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس
واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه
من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا
ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق
الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر حتى لو قال
الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطؤها وكذا
لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح له ان يطاها ويبيعها
لان التنفيل يثبت الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي
ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف باب استيلاء الكفار
واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق
في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما
نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم

ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح
فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان
العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت
المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة
عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون
فوجدوها قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها
بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان
وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان
له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه
الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل
الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار
الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه التاجر به وان شاء
ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا يرى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال
النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه
بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي
ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان
موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال
فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ
ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو اما الاخذ بالثمن
فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد
ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة
لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى في يد المشتري بمنزلة المشترى
شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هاهنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا
عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل
آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه من الثاني لان الاسر ما ورد

على ملكه وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على
ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالثمنين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما
وكذلك إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال
حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا
وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الحكم في محله والمحل
المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه
بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء
ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه
عند أبي حنيفة وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت
ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج
من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد
زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك
بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فيمتنع ظهور يده وإذا
لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان
أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال
لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على
المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه وإن ند بعير إليهم
فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا
بخلاف العبد على ما ذكرنا وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه
يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع
فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله وأخرجه فإن المولى
يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد
وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد
بينا الحكم في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما
وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة
بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو

وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصا له كما تقام ثلاث
حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب وإذا أسلم عبد
لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر
المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج
إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده
أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة
توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم بالصواب
وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم
لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا
إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم
هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه
طوعا فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء
على مال مباح إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق
وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه وإذا دخل المسلم دار
الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن
الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية
ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم
الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا
للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك إذا كانا
حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين
بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية
ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بيناه أنه ملكه ولا خبث
في ملك الحربي حتى لا يؤمر بالرد قال وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم
خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بيناه أنه ملكه
وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما قارنه من المحرم وهو نقض
العهد قال وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى

القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب
والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة
المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل
لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب
عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم
تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين
الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بينا وامتناع
القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة ان بالاسر صاروا
تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم
فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة
لانه لا كفارة في العمد عندنا فصل قال واذا دخل الحربي الينا مستأمنا
لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت في دارنا تمام السنة وضعت
عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية
لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة
لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها
مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام
قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا اقامت سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة
بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك
ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا
ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية
وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى
ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس
فاذا التزمه صار ملتزما للمقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها
للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا
بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج
فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت

حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا
للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها
فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام فان دخل حربي دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه
ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت
ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده
فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت
ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار
فالقرض والوديعة لورثته وكذا اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله
وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف
المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف
الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال
الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر
ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين
من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق
الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب
الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار
ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هاهنا فظهر على الدار
فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا
باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان
الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع
تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف
الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار
فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم
اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة
ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال
الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم

الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شي عليه الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رح تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المتقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يوذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها

ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة في الخطا لانه قتل نفسا معصومة خطا فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفي فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها كفارا كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف

وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد بيناه من قبل

قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها يكون بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج

قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية ومعناه بقربها فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشي يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وضعوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها ببير حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة او الفرات او الانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو

والنخيل بحر

المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد
العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب
ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير
نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع
اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب
في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك
من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس
فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف
فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان
التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان
كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا
من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة
من اي شئ كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام فالنقصان عند
قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض
ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز
النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع فتجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان
وعند ابي يوسف رح لا تجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة
الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع
آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر
في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول
وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند
خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو
الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه
هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تجترئ الظلمة على اخذ اموال
الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر
مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض
الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم

اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء
واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال
الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان
ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور
لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر
في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد
وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان
الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة
لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه
في كل خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح
فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم
بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير
ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام بوضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم
على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما
ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى متوسط الحال اربعة وعشرين درهما في
كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا
وقال الشافعي يضع على كل حالم وحالمة دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير
في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا
او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على
من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني
ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين
والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض
وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته
فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ
من الحالمة وان كان لا يؤخذ منها الجزية قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس
لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ووضع رسول الله
صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف

هو يقول إن القتال وجب لقوله تعالى وقاتلوهم الى ... إلا أنا عرفنا جواز تركه في
حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل ولنا أنه
يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس
منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه وإن ظهرنا عليهم
قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الأوثان
من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبي عليه السلام
نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه
كفر بربه بعدما هدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام
أو السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وجوابه
ما قلنا وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر رضي الله عنه استرق
نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم
من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلا عن
القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلون لعدم الأهلية قال ولا زمن
ولا أعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف رح أنه تجب
إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي قال ولا على فقير غير معتمل
خلافا للشافعي له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه
لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن
خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول
على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي
عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون
الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن أبي حنيفة رح أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون
على العمل وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي
ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا
لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا
ويكتفي بصحته في أكثر السنة ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا إذا مات كافرا
خلافا للشافعي فيهما له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه

المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن
دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولأنها وجبت عقوبة على
الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام
بعد الموت ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت
والإسلام ولأنها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام
والعصمة تثبت لكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل
العصمة والسكنى وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن
لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ
وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح يؤخذ منه وهو قول الشافعي
وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ في قولهم جميعا وكذلك إن مات في بعض السنة
أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل
فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضا والأعواض إذا اجتمعت
وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما إذا
أسلم لأنه تعذر استيفاؤه بعد الإسلام ولأبي حنيفة رح أنها وجبت عقوبة على
الإصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح
الروايات بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي
رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمي وقيل يا عدو الله
فثبت أنه عقوبة والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولأنها وجبت
بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في
الماضي لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل
لأن الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة
أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي
ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند
أبي حنيفة رح بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا
في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا أن ما وجب بدلا
عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه
في أوله فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين

من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لانه الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة
تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسوانهم
ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه
جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا
انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح
المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها
قال ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي
وقال زفر يضاعف لقوله عليه السلام مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي
يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا
توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات
تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه
الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي
ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق
به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام
والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى
قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم
لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين
وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى
الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء
لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت
واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم فصل ولا يجوز
احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة
والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى
دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه
احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة
في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام

فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك
في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة
لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها
لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز
عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون
السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب
على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم
وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق
عليه الطريق فلو لم تكن له علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك
لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون
الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان تتميز نساؤهم
عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها
سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا
ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا
بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف
ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه وسلم او زنى
بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها
والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا للعهد
لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي
صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه
قال ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع
فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع
شر الحراب واذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق
لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف
المرتد باب احكام المرتدين واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ
بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته
شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب

لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير
المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام
لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يستحب
ان يؤجل ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح انه على الامام ان يؤجله
ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد
من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناه بالثلاث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد
الامهال وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة
فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق
بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى
دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود
قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة
هنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة
غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رح تقتل لما
روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة فتناط بها
عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا انه
عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها
يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال
ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر
على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة
على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا وفي
المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ثلثة ايام مبالغة
في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان
اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه
لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص
وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا
يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه

ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن
في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما فلم يعمل ولم يعمل السبب فان
مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب
عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال
اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله
كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان
له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل
بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون
توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام
لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها
ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له في حالة الردة وبقي وارثا
الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه
من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان
الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث
بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث
من المبيعة قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة
لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها
لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها
زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت
صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد
قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات
اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته
من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة
في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت
الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال عوده الينا فلا بد من القضاء

واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت
الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب
والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء
لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا
قال وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام من مال الكسب في حال الاسلام
وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله
عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف
بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق
بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي
وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون
الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه
ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب
الردة فليس مملوكا له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه
منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات
ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه
كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه
فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب
الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين لانهما
جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه
او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات
او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع
في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة
لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة
ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه
لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا
وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة

لستة اشهر من امرأة مسلمة ترثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه
فيصح تصرفاته قبل موته الا ان عند ابي يوسف يصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر
عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد يصح
كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما
يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح
انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات
بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته
لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين
فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء
على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل وان عاد المرتد
بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه
لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم
عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان
القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك
فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في
حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام
ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن
ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث
فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد يتبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه
فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم
تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار
الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار
الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول
مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان
الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه
ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي جاء مسلما
لانه لا وجه الى ابطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي

هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع
العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية
في مال اكتسبه في حالة الاسلام خاصة في قول ابي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه
في حالة الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله
وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث
فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في حالة الاسلام لنفوذ تصرفاته دون المكتسب في الردة
لتوقف تصرفه فيه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت
يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم
جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول
فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم
فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة
واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى القاضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا
والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى
واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال وان
لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
وزفر رحمهما الله في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب
بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم
وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة
في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت
الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا
ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى
مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان
حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة
والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو
الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا
بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم
جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على

الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصل ذلك التبعية
في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة
جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة
ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال
ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام
وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكام
تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي
صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو
التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق
لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم
يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي
يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة حقيقة
ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل
لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل
ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا
المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على
بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان
عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل
الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأهم بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق
جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده
ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى
يبدؤوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر
لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة
دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم
ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي
عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام

الحق فهو الموجب عند الغالب القدرة فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم
دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم فإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم
لاندفاع الشر بدونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه
لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرنا أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا
يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا
يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن
كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم
النفس والمال ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي
لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه
ولنا أن عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته
للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي
مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام
أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة
فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان
لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة
فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه أهل البغي من البلاد
التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيا لأن ولاية الأخذ له
باعتبار الحماية ولم يحمهم فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه لوصول
الحق إلى مستحقه وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى
أن يعيدوا ذلك لأنه لم يصل إلى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا إعادة عليهم
في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا
فقراء فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الإمام
لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر
عليهم فليس عليه شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا
كالقتل في دار الحرب وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل
المصر عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله إذا لم تجر على أهله أحكامهم وأزعجوا
قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص وإذا قتل رجل

من أهل العدل باغيا فإنه يرثه وإن قتله الباغي وقال كنت على حق وأنا
الآن على حق ورثه وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين
وهو قول الشافعي رح وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن
ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب
الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رح في القديم إنه يجب وعلى هذا الخلاف
إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل
نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة
رضي الله عنهم رواه الزهري ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق
بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم
وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الإباحة
عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة
وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الإثم لأنه لا يعمل في حق
الشرع إذا ثبت هذا نقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث ولأبي يوسف
في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة هنا إلى
استحقاق الإرث ولهما أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذ القرابة سبب الإرث
فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه بقاءه على ديانته فإذا قال كنت على الباطل لم
يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم
لأنه إعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس
لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا
بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر
مع العنب والله أعلم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما
أنه يلقط والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه وإن غلب على ظنه ضياعه
فواجب قال اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية وكذا الدار دار
الأحرار ولأن الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله
عنهما ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له
ولا قرابة ولأن الميراث لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط

متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه من يده لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعاه مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة

تضمنت نخ

نسخه نخ

دعوة نخ

يعني ان المملوك لا يكون منه عبد الا في الاحتمال ان يكون له حرة والولد يتبع الام في الرق والحرية ... بسبب الدار والاصل والغلبة ...

٢ والشفقة نخ ٣ في كل واحد منهما

ولا التصرف في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما يذكر في الكراهية

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها

اي في الام والملتقط احدهما لان الملتقط له رأي كامل ولكن لا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها بخلاف الاب لان له كليهما جميعا

ابنية

ذلك خلاف المتقدمة

ولان اخذ مال الغير بغير اذنه سبب الضمان الا عند وجود الاذن والاذن مقيد بالاشهاد شرعا فاذا تركه ضمن

من انشد الضالة اذا طلبها

يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد او من اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس

وانما يعرف مدة يقع بها التعريف وعليه الفتوى

الرواية فان الطحاوي قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان ... وحسب ظاهر الرواية

لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقته ... والتعريف ... لذلك

لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى
اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي
الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم
ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع
به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح فان جاء
صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان
وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار
اجازته التصدق بها وان امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها
يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان
حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل
الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه
وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة
الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة
وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما
اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير وقال
مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقرة في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف
الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع فاذا
كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب
الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال
الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور
ولايته عن ذمة المالك وان انفق باذنه كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي
ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله
تعالى واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها
من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد
الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ
ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها
اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من

الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان
يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان النفقة الدارة مستأصلة فلا نظر
في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح
لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلا بد
من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق
عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا ترجع ان
كان كاذبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على مالكها اشارة الى انه انما يرجع
على المالك بعد ما حضر ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه
رواية وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة
لانه حيي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب
من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة
بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه
الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف الى ان يجيء
صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق
بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل
الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء
ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل
للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي
يجبر على ذلك والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان
صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود
كالملك فلا يستحق الا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة
العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها
اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ
منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه
بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض

الوديعة وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق
باللقطة على غني لان المامور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها
فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط
غنيا لم يجز ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله
عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما
يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير
فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه
او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف
والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام
وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر
من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته
وان كان هو غنيا لما ذكرنا

باب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى
عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه
فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر
على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه
لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه
من مسيرة ثلثة ايام ولياليها فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل
من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول
الشافعي رح لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم
اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب
ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا
ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال
الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فيمتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها
الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر
باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل
مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال
رضي الله عنه وهذا قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير

لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف
الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى ملك المالك
فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن
اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته فلا جعل له فيهما لانهما
يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد
الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق
الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد
وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وقد ذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح
لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة
البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه
المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد
لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي
الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده
فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا
اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد
انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا
فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة
احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل
بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر
الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء والتخليص
عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ
بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر
له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان
اختاروا الدفع لعوده اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع
الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب حصلت بترك الموهوب له التصرف
فيه بعد الرد لا بالرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له

قوله ولا يجوز الصلح على الزيادة ... بخلاف النقصان

يحيى مال المالك بسببه

أي لفظ الكتاب وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ... الخ

لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه احتراز عن انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة والعم والعمة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله احتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا كالوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين

جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب تقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات منهم قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث

كانه مات في ذلك الوقت صح

مالك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه
يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط
بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان
ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بتمام شرحه
هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس
يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة
الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير
المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما
من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما
نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود
وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر
قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان
فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض
كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اى متساوين
فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة
فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا
لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة
في قول اصحابنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف
ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل
ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة
وكذا الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة
ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما

يقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين
او ذميين لتحقق التساوي فان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما
قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان
الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى
والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة
ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة
ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى
الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس
المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين
ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع
لم يصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع
شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وينعقد على الوكالة
والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة
لتحقيق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا
قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا
كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام
صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب
وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع
ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة
والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري
بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا
عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما
يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك
الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع فلهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون

بين الشفعوي نخ

قوله الا انه يكره لان المسلم الذمي ... العقود الفاسدة ... حراما

قوله ولا يشترط ذلك اي هذا الشرط المفقود كان عنانا وقوله والشرط ... المسئلة

ع

اشارة الى قوله لان مقتضى العقد المساواة وقوله وللبائع ان ياخذ الطعام والكسوة ع

والمكاتب ولو صدر في المرض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة
بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي
عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة
وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة
بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه
ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا
يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام
معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث
احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت
الشركة عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء
وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب
عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير
لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه
لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا
اذا كان الجنس واحدا لانها انعقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف
المضاربة لانه القياس فيها ما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع
ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل
الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف
الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن
ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على
ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع
بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان
فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين
بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف واما عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة و

وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد رح والاول اقيس واظهر
وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل
الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع
الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية
التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه
قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا
ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية
تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان
يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح
راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب
فلا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته فان خلطا
ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد
تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل
في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين
قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث
انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها
ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد
الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال
ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة فحكم
الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما
نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا
ان العروض لا تصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء
ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة
العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام
او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق
مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض

يقال عنّ له اي عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف
مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة
ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل
فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب
الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح
للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط ٢ بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك
في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم
يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما
احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل
بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد من الشركة ومن المضاربة
ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد
يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما
يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة
حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض
ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح
الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة
احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود
وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما
شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى
وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انها تتضمن
الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته
معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال
نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي
وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا هلك
مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه
في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود
عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا

قال في المبسوط كانه عنّ لهما شيء فاشتركا فيه كفاية

٢ فصار ربح المال

لا يتعين الثمن فيها بالتعيين وانما يتعين بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر
فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا
ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته
وايهما هلك هلك من مال صاحبه اما ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في
يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز
فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء
فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام
الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة
عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد
تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته
من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا
اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم
اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك
بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا
بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بينا وان
ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة
لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في
ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة
وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا
يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان
المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف
المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق
الربح مقابلة على عمله اما هنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس
ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز
شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة مستندة الى العقد
دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن
الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال

والمال المستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت
الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار
كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ويصح شركة التفاضل
ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في
المزارعة قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال
لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض
دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه
مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع
شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته
بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف
فيه لان التوكيل بالبيع والشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد
خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة
لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة
الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا
الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز
لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان
الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا
ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا
في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا
العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل
فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه
ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر
ما قوم به فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق

صوابه الربح

من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء صح

في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة وما يتقبله كل واحد
منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر
ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس
خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان
ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون
على الاخر وان عمل احدهما دون الاخر فالكسب بينهما ولهذا يستحق الاجر
بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا
فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس
وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت
تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه
فيه ما بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لان
التصرف على الغير لا يصح الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فيتعين الاولى فان شرطا
ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان
يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال
او العمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي
تلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره
تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة
الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد
عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في
معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه
فيلحق بها فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب
والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى
هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل
في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره
فلا يصلح نائبا عنه وانما تثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا
فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل

الآخر شيا فهو للعامل لوجود السبب وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد زوال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لم يعلم ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي

واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط فيه دون ذبح دم الاحصار

فصل

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية ليطاها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بالتجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنفعته فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه الا الى

ملك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد
لانه جعله خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم
او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول
ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى
فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية بعد
الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة
من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رح وهو قول الائمة الثلاثة رح بمنزلة
الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى انما يثبت فيه في
ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا
فاخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ
واذا استحق مكان قوله صح خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك
الاول كسائر املاكه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي
سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده
ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما
يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة
والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا
عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح
بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف
الوقف في غير المسجد والمقبرة لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق
جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في
البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي
المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم
الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند
ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة
تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون
التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه

ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رح ان المقصود هو التقرب
الى الله تعالى وهو متوفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف
الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا
يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون
التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا
هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون
موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف
العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه
وهذا على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم
عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز
افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع
والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهو استحسان
والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما
خالد فقد حبس ادرعه وافراسه في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل
الله ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح
يحمل عليها وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار و
الجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس
انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد يترك
بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح انه
وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة
واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما
يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار
والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم
والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس
وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما
في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه

فيطلب الشريك القسمة فيصح مقيدا بقسمته أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة
فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف
جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن كان وقف نصيبه من عقار مشترك
فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص
له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه
لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز
لامتناع بيع الوقف وإن أعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب أن يبتدئ
من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا
ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد
الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم
هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء
في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر
ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت
غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه وأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة
فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين
يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة
قال فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما
مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها
بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق
صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما
فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان
حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك قال وما انهدم من بناء
الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته
فيصرفه فيها لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فإن مست الحاجة
إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود وإن
تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا للبدل إلى مصرف المبدل ولا يجوز
أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه إنما حقهم

إنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم قال وإذا جعل الواقف
غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف رح قال رضي الله عنه
ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف
ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازي وهو قول الشافعي
وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز وقيل هي
مسألة مبتدأة والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما إذا شرط
الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل
لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق
وقيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد
أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط الكل أو البعض
لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط
بعض بقعة المسجد لنفسه ولأبي يوسف ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته
والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ولأن
الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فإذا شرط البعض
أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه
لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن
ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه
ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف أن يستبدل
به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله
الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة أيام
جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا
وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف رح وهو قول هلال أيضا
وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية
إلى نفسه كانت له وإن لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله الأشبه
أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم
لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل
أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا

الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن
فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط
ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده
نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط انه ليس للسلطان
ولا القاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل
والله اعلم فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة رح
عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد
من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد
بالصلاة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى
بصلاة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل كل
الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد
يبنى لذلك في الغالب وعن ابي حنيفة رح انه يشترط الصلوة بالجماعة باذان واقامة
الباني لانه قد يصلي البيت جماعة وقال ابو يوسف رح يزول ملكه عنه بقوله جعلته
مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى
بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل ومن جعل مسجدا تحته سرداب
او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عنه فله ان يبيعه وان مات يورث عنه
لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز
كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره
مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا
لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رح انه حين دخل الري
اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث
عنه لان المسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا
ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث عنه
اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا
الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد
عن حق العباد فصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط
العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو
خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود
الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة
وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين
او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم
به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في
الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او
الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له
حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول
كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس
من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم
عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس
كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها
لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد
قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى
من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد
على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم
الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا
له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين
او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في
سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا
ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء
من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف في الفصلين
فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين

الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه لانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد فهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد وهذا

قال القدوري ويجوز بثمن حال ومؤجل في نفس البيع او موصل وعليه اجماع العلماء وفي الكافي لو باع لعكسه بالف حالا او بالف الى سنة لا يجوز لجهالة الثمن غ

يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اروج واغلب فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فالبيع جائز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان فسد البيع وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة وفيه تفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع

لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رح وقالا هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة رح بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع والثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد لأنه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رح في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة

بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف رح في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني بعشرة إن شاء وقال محمد رح في الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويتخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولأبي يوسف رح أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولأبي حنيفة رح أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

قال ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيها متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيها أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع

لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض والشجر واذا اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا استاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا الحكم في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رح اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن

العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة البعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والزراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع والله اعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر رح هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا

على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز
والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز الى اربعة
ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط
الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ
فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث
وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذه بالقياس وفي
هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان
ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة
ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع
فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه
كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة
ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم
وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر
قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع
فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة
رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك
رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة
ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما
يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر فان هلك في يده هلك بالثمن
وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع
الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف
ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال
ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار
وان وطئها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان

او اكثر

اشترى على ان البائع ان رد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح كما لو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع

ولو تغير في يد المشتري بشرط الخيار المبيع عيبا يبطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية

هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا انقطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح كفاية

لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات
كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري
على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق
بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به عن الاستبراء
عنده وعندهما يجتزئ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما
يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك
في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال
المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا
له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك
والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض
وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما
لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط
الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجاز
بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة
عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا
لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع
فلا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة
بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار
للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام
فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير
ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم
ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل
خياره ولم ينتقل الى ورثته ولزم البيع وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم
ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية

يعني يعتق بالاجماع لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ووجد الشرط وهو الشراء فكانه اعتقه بعد الشراء فسقط الخيار تصحيحا لتصرفه لان الاعتاق لا يصح الا بالملك فيثبت الملك ونفذ فيفسخ الاعتاق شرح

وارثه ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار فلا يورث وخيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا
وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار
لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب
العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان
الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء
ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز
جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ
في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني
ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد
منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف رحمهما الله
واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر تصرف
الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في
احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما
بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي
فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه
الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما
وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا
في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه
الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا
للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين
ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى
ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة
فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة

للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع
من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه
البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة
تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة
في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل
يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير وقيل لا يشترط فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم
يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت
عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين
وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو
هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب
ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان
فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي
خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه
قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان
طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين
ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة قال واذا اشترى الرجلان
عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى
هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط
باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده
احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد
احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد
بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة
التفاوت في الاغراض فلا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات

وصار كفوت وصف مرغوب فيه واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف والله اعلم. باب خيار الرؤية قال
ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء
رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام
من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة
لانه لو لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المعين المشار اليه وكذا اذا قال
رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة
رضي الله عنه يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان
لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع
وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء
لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنه فقيل لطلحة رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي
الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه
لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا
ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر
الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل
في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
ولو دخل في المبيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته
ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون
له الخيار وان كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير
لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف
البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية الا
اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل
في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول
هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود هو اللحم يعرف به
وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود
قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار
او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب
الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم
فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال
ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رحمه الله معناه الوكيل بالقبض فاما
الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض
على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان
تمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل
واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف
ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار
يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة
ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله
الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان
يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في
السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت
سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام

القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له
في الحج وقال الحسن رحمه الله يصير توكيل وكيل القبض وهو رواية وهذا اشبه بقول ابي حنيفة
لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما
ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب
فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل
التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن
من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل
خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه
بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية
السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيته لعدم الرضاء به وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير
فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما
قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري
ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه
وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي
رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف
خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله
وفيه وضع المسئلة ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري والله اعلم

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب
في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي
وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ
النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله
عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد
عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به
قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش

في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى
يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري
في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب
هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد
الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد
الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال
لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في
الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول
اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة
في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة
للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما
يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء
لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في
الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام
الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بخدمته قال والكفر عيب
فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة
فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب قال فلو كانت الجارية
بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهي سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة
ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو
الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع
فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه
سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان
الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه
فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال
البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه
المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع

جانب المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت
السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها
لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع
لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد
ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى
ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها
بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق
فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع
لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك
فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه
فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل
مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل
كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قال فان قتل
المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي
فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا
وانما يسقط الضمان هنا لمعارض الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق
لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف
عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه
صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد
بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع
مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان
العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى

قيد باحمر لكون الزيادة في المبيع بالاتفاق لان السواد نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة كالحمرة عيني

اي فامتنع الرد بالكلية ع

وقال شيخي رح ذكر الخياطة وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء لان حق الرد امتنع بمجرد القطع قبل الخياطة ع

انهاء للملك سواء كان بعوض او بغير عوض ولهذا ثبت الولاء في الوجهين ولو اعتقه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يرجع ... لم يتحقق العجز في الحال عيني

قوله كالمستفيد به اي بملك العبد عوضا والاصل فيه قصة على اختيار العمد ... الدية على اختيار الخطاء فصار كانه اخذ عوضا ... عيني

لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء عيني

بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع
به رجع بالثمن كله لانه تبين انه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده
لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان
وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في
ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه
الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع
بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع
عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء
يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه
انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار
فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل
لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا يفسخ الاول وان قبل
بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما و
الاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقرار بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن
له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء
وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب
عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينته لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب
ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء
فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف
ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما
اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم
المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد
باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء احلفه بالله ما له حق الرد عليك

قوله فان لم ينتفع به اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس والعلف قال الامام المحبوبي هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعدما ذاقه لا يرجع عليه بشيء وما لا ينتفع به اصلا كالقرع اذا وجده مرا والبيضة اذا كانت مذرة كفاية

اي البائع الاول ثالثهما اي ثالث الاثنين احدهما المشتري الاول هو البائع الثاني والمشتري الثاني ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة لانه ثالثهما فصار كان المشتري الاول اشتراه ثانيا من بائعه فلا يكون له حق الخصومة لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان كذا في الكافي عيني

قوله لانه على حجته لانه لو حضر شهوده كان له سبيل ان يقيم البينة ويرد المبيع على البائع ويسترد الثمن كفاية

في الوجه الذي يدعي او بالله ما له الحق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمنا قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رح انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رح هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له

احتراز تعلق العيب بالشرطين تعين البيع والتسليم ع

اي بحسب قيام العيب وقت التسليم دون البيع يعني لم يكن العيب عند البيع بل عند التسليم يحنث على هذا الوجه يكون صادقا ولا يحنث اذا ما حلف الحر عن الكل يتضرر المشتري ع

قوله كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله وقوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع للمشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما كفاية

احتراز عما اذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير فان للمشتري ان يرد المعيب خاصة عيني

قوله وقيل هذا اي الذي ذكر من اخذ الكل او رد الكل عيني

ثم يجيء اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار [illegible] بتفرق الصفقة قبل التمام [illegible] الاستحقاق [illegible] الصفقة في الكتاب كفاية

له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا برضى المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضى لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضى اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا يكون رضى قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضى البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من

وتمام الصفقة [illegible] لا برضى المالك [illegible]

وفي الحاوي [illegible] شرى علفا [illegible] العدل الكبير [illegible] عيني

ولهذا [illegible] المشتري حتى [illegible] قبل القطع [illegible] كان الثمن على المشتري كفاية

لانه [illegible] البيع [illegible] كفاية

عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي
رح لا يصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول
إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في
الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا
يفسد ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف
وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لأن البراءة تتناول الثابت ولأبي يوسف
رح أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود
والحادث

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد
كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا إذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه
هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم
باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد
مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه
يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند
البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل
الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبين إن شاء
الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا
في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة
والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان
بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى
يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا
الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه
وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة
لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم فبطل
بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك
الثوب بالخمر وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر

وكذا

وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال
وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لأن استحقاق
العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية
انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق
يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق
دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال
وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالا
عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر
الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف
المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع تلحق
بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس
دخولهما في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه كذا هذا قال ولا يجوز
بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد
لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من
غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك
قال ولا يجوز بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ ولو أرسله من يده
فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل
وحبل الحبلة ولأن فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه
ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم
لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها
تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع
التنازع في موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على
ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف في هذا
الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من
ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع

قوله يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا عندنا جائز لأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وإنما سمي ذلك بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا الفصل كما وقع عنده. كفاية

عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لأنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لأنه لا يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة

رح لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رح يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه قال إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عليه أنه أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رح أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله قال ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة وعن أبي يوسف رح أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولأبي يوسف رح أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الإنسان والانتفاع بها لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من

اجزائها ما يبتذل. قال النبي عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
الحديث، وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن. قال
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانها غير منتفع بها، قال عليه السلام
لا تنتفعوا من الميتة باهاب، وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة. ولا بأس
ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب
الصلوة. ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها
ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه
من قبل. قال والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى
يباع عظمه وينتفع به. قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال
ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض
باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من
الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب. قال وبيع
الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان المراد الاول
فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل
فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور
روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي
وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على
احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع
اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان. قال ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد
البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان
الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل
لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات
الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر و

والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس
واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما. قال ومن اشترى
جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة
قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم
فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل
الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض. ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة
وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي
زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة. قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من
البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في
الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها من البائع فيكون مشتريا
للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع
الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه
طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او بالمقاصة فلا يسري الى غيرها. قال ومن اشترى
زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه
العقد والثاني يقتضيه. قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة
ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري
لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا
كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون
القول للمشتري لانه ينكر الزيادة. قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها
ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا
توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رح ان العاقد

هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع لسبب الاسلام
كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا تخللها وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا
على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان
هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال
كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق
يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض
فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا ان يكون
متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه
لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة
المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت
هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف
والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح
وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه
ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن
عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق
من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه
منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان
العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق
تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها
او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية فالبيع فاسد لانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين ولانه عليه السلام نهى
عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون
اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عن صفقتين

ق

صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر
فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان
الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا
حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها
فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به
والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان
المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان
هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء
حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث يجري فيما في البطن
بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه قال ومن اشترى ثوبا على
ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال
ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البائع او يشركها فالبيع فاسد قال رضي الله عنه
ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل
وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه
لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
لان مدة صومهم بالايام معلومة عندهما قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة
مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انه يحتمل
الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف
البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة

الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع
الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس
وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد
للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب
العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد والشاة وان جمع بين
عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند
علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة
الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية
واختها في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد
بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب
برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع
فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل
القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا
لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه والله اعلم فصل في احكامه واذا قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال
ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا

س

هذا من كلام المصنف ذكره تفريعا على كلام القدوري يعني واصح الركنين متروك التسمية يبطل الكل ع

ح

هذا استئناف وقوله وقد دخلوا تحت العقد ها

اي باذنه صريحا او دلالة بان قبضه في المجلس بحضرته ولم ينهه البائع كذا في الكافي بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقا ع

فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده
قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدرهم ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية
وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في
البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب
قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر ان
في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع
وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح
لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان
بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد صح استحسانا وشرط
ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي
الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال لزمه المثل
لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى
اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا
قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد
القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة
في حق من له قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف
فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق
الشرع وحق العبد مقدم لحاجته وعلى حق الشرع ولان الاول مشروع باصله
دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف
ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة
لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل

وقبضها المشتري فانه يفيد الملك عيني

جواب سوال مقدر بان يقال سلمنا ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولكن لم قلت انه موجود هاهنا فقال وفيه الكلام يعني كلامنا فيما اذا وجد الركن لان الركن الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة عيني

كالحيوانات والعدديات المتفاوتة ع

بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه
او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض
فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة
انقطع حق الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما
لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال
المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع
في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت
دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو
الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا ومن
باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رواه يعقوب
عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد
ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع
اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف
حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء
والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق
الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية
عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب
للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن
الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني
بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد
الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق

العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق
به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذا اذا ادعى
على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي
في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب
بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين
فصل فيما يكره قال ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد
في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن
السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان
على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به
على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا
اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على
الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي
فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط
وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا
لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال
الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا
الاذان المعتبر في كتاب الصلاة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به
البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة
قال ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع
منه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما
وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي
الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما
فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردده اردده ولان الصغير يستانس

الصغير وبالكبير والكبير يتعاهده وكان في بيع احدهما قطع الاستئناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل
فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر
على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر
لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع
احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر
عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله
لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا
فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن
البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد
صح انه فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين والله اعلم

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام
من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان
رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن
الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا
ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رحمه الله
هو بيع الا انه لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد هو فسخ
الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا انه لا يمكن فتبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ
والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو
البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال
بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب
وتثبت بها الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع
والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل
ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين
البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع
وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا
نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع
ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع
لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا
شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل
هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا
بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه
هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل
واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ
بالاقل لما قلنا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة
رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة
قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف
في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع
العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع
دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام
البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك
احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع
شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي
في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى
وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز
عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع
ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو

بغير شيء نسخة

لكن بغير شيء أما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان
المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء
من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان
باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس
من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه
الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته
يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته
يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان
ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق
الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين
والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته
فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها
من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان
الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون
وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله
ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد
من البناء على الاول وذلك بالحط الا انه يحط في التولية قدر الخيانة
من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط
في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف
فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع
الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط
والرؤية بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند

عجزه

اي سوق الغنم يلحق بالثمن الاول وهو رأس المال

عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة
طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وصورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة
عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة
ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة
اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد
الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه
كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني
ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة
بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره قال واذا اشترى
العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه
من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم
المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في
الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال
واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه
من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا العقد
وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح مع انه اشترى ماله
بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد
يتبع الفائدة وفيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية
فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده
ما يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل
التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن
والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول

اي ثم اراد بيعه الى البائع الاول

اي اراد المشتري بيع المبيع بالعيب

هذا البيع نسخة

انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح فاما
اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين
لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي
بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه
حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه
بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها
بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة
فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه
ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن
الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رح انه
يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد
قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال
قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع
فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار
كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع
الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه
لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا
الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من
اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه

في اكثر النسخ قرض فار بالفاء وفي بعضها بالقاف وكلاهما بمعنى ١٢

الحق بالحقيقة احتياطا

اي ذلك المرابحة دلالة فعلى السلامة ١٢

ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر

عن انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على
هذا الخلاف قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه
ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد
الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع
والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان
الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف
في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري
لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري
لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله
البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين
والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم
ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا
او كالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال
والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر
الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد
للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز له ان يحط عن الثمن ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر
والشافعي رحهما لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء
الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق
باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن
اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف
مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية
الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد
ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف
حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق

۳ واصح كر

وصاحبه

لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى
يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى
يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة
من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر
الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف
الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع
بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى
انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب
الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله
لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع
كالوصي والصبي والمكاتب والماذون ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض
من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه
قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع
الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو
اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل
يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب
والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى
الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في
الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص
على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة مناسبة لاظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان
والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا

شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو
المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة
لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا
والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية
تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق
لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه
لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها
ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق
بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه يدا بيد مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط
الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل
وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد
بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة
بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هو الطعم ولا
مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير
في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص
والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال
واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة
المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد
احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده
لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير
مانع فيه حتى يجوز بيع الثوب الواحد بالثوبين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه
نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا
وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن
لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين

لا اعتبار لما ذكره

بيع الحفنة

ما دون نصف صاع

بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو الثمن فلا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا
اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة
الشبهة وهي غير مانعة قال وكل شيء نص رسول الله على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو
مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص
على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس
فيه لانها دلالة عليه وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا
لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو
باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان
تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام
في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني
معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا
بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد
وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين
ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف
يدا بيد ولانه اذا لم يتقابض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا
ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما
هي التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه
ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع
البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق
الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما عرف قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين
باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما

وكبيع

وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية
للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا
لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة
بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه
كالئ بكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه
لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما
فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا
لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة
من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو
التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة
اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة
لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال
ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين
سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله
عليه السلام حين اهدي رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما رويناه
ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره لقوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة قال وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز
بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا
لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب
المنقع بالمنقع او غير المنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز

في جميع ذلك لا يعتبر التفاوت في اعدل الاحوال وهو المآل اذ النوع يعتبر في الحال
وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر
بما رويناه ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت
فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت
بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر
متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان
بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورة لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن
بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل
ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن
بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم واما البقر والجواميس جنس
وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي وكذا البان البقر والغنم وعن
الشافعي رح انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل
نصاب احدهما بالآخر في الزكوة وكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة قال وكذا خل
الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين
وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او
باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال
ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان
يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على
الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز
ايضا عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم جائز في الخبز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر

والتاخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز
عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك
مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز
لان ما في يده ليس بملك المولى عند ابي حنيفة رح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه
السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق
اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار
محظورا بعقد الامان والله اعلم باب الحقوق ومن اشترى منزلا فوقه منزل
فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه
ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله
العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما
ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات
فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل
الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما
يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا
عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في
الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا
في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع
بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق
عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن
بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم
باب الاستحقاق ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه
ياخذها ويتبعها ولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة

دار
علو
بيت
منزل

بع

مطلقة فانها كاسمها بيّنة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت بها الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفع باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا يدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البايع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ويرجع هو على البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة وليس الموجود الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره مسئلة قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب يشكل على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض مفسد للدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رحمه وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من

الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع الانعقاد في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لا تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري

قال

قال رضي الله عنه ذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل بينته وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد وان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بكيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد انه لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنا وقد ذكرناه

منه قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن
والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر
ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة
بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد
وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير
قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر
لها قال ولا يجوز في الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت الا اذا
عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا
يتفاوت ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل حتى لو
كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل او على العكس او منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز
وقال الشافعي رح اذا كان موجوداً وقت المحل يجوز لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه
ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل
فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب
السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ
على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك
المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم
اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري
الا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد
لا ينقطع يجوز مطلقاً وانما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار
منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند
ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف
لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في
سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع
العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته
اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلاً وقال الشافعي رح يجوز حالاً

جمع الجرزة بضم الراء المهملة على المعجمة وهي قبضة من القت ونحوه واما الجزر بكسر الجيم والزاي المعجمتين فجمع جزرة وهي الفقوف المجزوز وهذا ليس بموضعه ١٢

لتعذر المشتري اذا شاء فسخ البيع فان شاء انتظر رجوع الآبق ١٢ ش

لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه
شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو
كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم
لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر
وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل
بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع
فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع
مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء
للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال ارأيت
لو اذهب الله تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان
الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح
السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم
كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا
كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزناً واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بينا
ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية
رأس المال اذا كان معيناً ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسألتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة
وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم
قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس
المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس
المال ثوباً لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد بمقداره ومن فروعه اذا اسلم
في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما
ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه
لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض
والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد

ع

الزبيل معروف فاذا كسرته شددت قلت زبيل وزنبيل لان ليس في الكلام فعليل بالفتح كذا في الصحاح ١٢

اراد به رأس المال اي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ١٢

فانه تعلق الحكم انه لا اعتبار بكون الحنطة من الخشمر اي لا تعتبر الا باعتبار ان صفة الحنطة مثلاً صفة حنطة الخشمراني ١٢

يتعذر او جعل المكيل والموزون ثمن المبيع والاجرة في الاعيان ذوات الامثال والعرف مقدارهما يجوز لا اشارة فكذا يجوز تسليم بالاشارة في رأس المال ١٢

اي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ١٢

بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لأن
قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن
هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في
الصفة وقيل على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف
الثمن والأجرة والقسمة وصورتها إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب
أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح أنه يشترط
إذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار
ومكان تسليم الدابة للإيفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان
مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه قال
رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الإجارات أنه يوفيه
في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال
ولو عين مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر
الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة
واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه أما
إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي
بالكالي وإن كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل إذ الإسلام والإسلاف
ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولأنه لا بد
من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا إنه لا يصح
السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا
من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد بخلاف خيار
العيب لأنه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال
قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام
رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على
تحصيله قال فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة
نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع
شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا
لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن

لأن الدين لا يتعين في البيع ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال
السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
ولا يجوز الشركة ولا التولية في المسلم فيه لأنه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن
يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك
أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه
وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء
من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن أسلم في كر حنطة فلما
حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء
وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت
الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض
المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه
في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء قال وإن لم يكن سلما
وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظة الإعارة فكان
المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن أسلم في كر فأمر رب
السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر
لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه
مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع
إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها
صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره
بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره
أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه
في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع

فنعل لم يصر قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فكذا
ما يقع فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت
في يده بنواحيه فلم يصر المشتري قابضاً ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري
ان بدا بالعين صار قابضاً اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله
بملكه وبمثله يصير قابضاً كما لو استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكما لو دفع
الى صائغ خاتماً وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدا بالدين لم يصر
قابضاً اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي من جهته
لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء
شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة
وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا
بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود
عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا
جازت ابتداء فاولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه
انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية
بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها
فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة
حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه
قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال
رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون
القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول
للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه
متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم

السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت
لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة
وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا
متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل
ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال
ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور
التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه
ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي
صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم
في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن
قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة
وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف
يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة قال ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين
او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير
فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع
الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة
والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه
الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
وهو الاصح وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما
ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه
غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز

إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل
فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رح خلافاً لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير
سلماً بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح
ولأبي حنيفة رح أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع
نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم مسائل منثورة قال
ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن أبي يوسف
رح أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع
الكلب لقوله عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين
والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفياً ولنا أنه
عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ولأنه منتفع به حراسة
واصطياداً فكان مالاً فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينتفع بها
والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين
ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله
عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولأنه ليس بمال في حقنا
وقد ذكرناه قال وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام
في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأنهم
مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها
أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي
الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك
من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز
ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن
جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة
عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله لأنه تغيير للعقد من وصف
مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد
المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراط

وأما بيع كلب غير المعلم فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه كان أبو الفضل يقول إن كان يقبل التعليم يجوز بيعه قال رح هو الصحيح من المذهب

كالسرقين يجوز بيعه مع حرمة الانتفاع به عنده وقال الشافعي رح لا يجوز لأنه نجس العين ... ولنا أنه مال منتفع به عند الناس ... وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلط بالتراب ... بيعها

على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال
من الثمن وجد شرطه فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية
ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لأن وطي الزوج حصل بتسليط
من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأها فليس بقبض والقياس أن يصير قابضاً
لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء
على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبداً فغاب
فأقام البائع البينة أنه باعه إياه فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين
البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه إبطال حق المشتري
وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفي الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر
على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري باعه القاضي فيه كالراهن
إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لأن حقه
لم يبق متعلقاً به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو
أيضاً فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه
فإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رح إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً
بما أدى عن صاحبه لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب
صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع
الثمن لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن وإذا كان
له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى
الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما
نصفان لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة لعدم
الأولوية وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل
واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم
فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله
يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقه في الوصف مرعي كهو في الأصل ولا يمكنه

لأن العيب إنما حصل بفعل الغير فصار كالعيب على البيع لعقد ... البائع فأما النكاح فأقيم حكمي لا استيلاء فيه حسي

صورته إذا استعار ثوباً من غيره ليرهنه ورهنه فهو جائز ثم غاب الراهن وأراد صاحب الثوب أن يفكه فقضى المرتهن دينه فلما أدى رجع صاحب الثوب على الراهن لا متبرعاً بل متخلص عنه ضرورة

رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا . ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء
ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب
ضمان الاصل لانه ايجاب عليه ولا نظير له . واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه
وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد
وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب
الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب
شبكة للتجفيف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم
في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد
من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان
الماء والله اعلم .

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان
كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد
والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه
والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا
قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في
الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد
والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا
ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كان يتعينان كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان
كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة
في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس معا في جهة واحدة او ناما
في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من
سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه
يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب
التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف

في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض
ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني
يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه
قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد
لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز
العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد
الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء
سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما
ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها
الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد
من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب
في المجلس شرعا والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف
نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع
الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا محلى
بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض
حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما
لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية
لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون
الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير
ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار
كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت
مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين
فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم

لانه بدل الصرف

يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه
وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق
بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ ما بقي بحصته وان شاء رد لان الشركة
عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار
له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز
البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف
اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس
تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين
والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز
في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد
غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع
درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف
الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة
الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه
يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف
مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق
في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى
وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة
انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع
احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار
بالدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به
ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي بينهما ولو تبايعا
فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة
جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالترا

كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان
له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم
ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة
اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض
لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة
فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك
يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس
العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء
كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول
بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين
لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى
ذلك للجواز ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم
غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن
وما عرف من اعتبار سقوط الجودة واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي
دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم
التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها
الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو
عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا
كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب وان اشترى
بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها
متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر
ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا
شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله
عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال
في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن

فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص
ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج
فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة ثم
كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم
البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم
بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد
تجب القيمة لكن عند ابي حنيفة رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح
وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته
ان كان هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت
نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع
بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت
بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية
فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية
تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند
ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن
غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر ومن اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا
اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك
لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان
عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم
عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين

او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس
معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز ويجوز فيما دون
الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة
ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في ديارنا ومن اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في
الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف
بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان
الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان
جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة
جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة
فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ
المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة
قال الله تعالى وكفلها زكريا الآية ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل
في الدين والاول اصح فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به
وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس
المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه
بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي
والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه
قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده
او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة
او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا
قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة
الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال
علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام
من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به

او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا
سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون
المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره
اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب
المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه
لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز
في المدة فينظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك الوقت برئ لان الاجل
حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال واذا احضره وسلمه في مكان
يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه
اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل
على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا
لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد
مفيدا فان سلمه في برية لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود
وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر
الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه
قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ
لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة
لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل وان لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس آخر ولم يقل
اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء
الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة بكفالته
ولانه الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه قال
فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو

الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة
بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح واذا وجد الشرط لزمه المال
ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة
لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه
النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح
ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف
ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة
دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به
غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت
الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح
الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم
يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال
لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى
ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتبين صحة الكفالة الاولى
فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه
حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان
مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق
لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت
نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس
فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيهما حتى
يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة
ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف

الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه ولا يثبت الا بحجة كاملة وذكر
في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين
مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من
رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة
وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان قال واما
الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل
ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان
مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وعلى الكفالة بالدرك اجماع
وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة و
سياتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب
الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد
حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل تكون كفالة ولو
طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه
فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق
قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما
ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه
يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق
المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر
الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه
فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل
واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح
تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال

لبه

٣ تضمين

قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به فان لم تقم البينة
فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان
اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية
له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه
وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه
نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي
به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره فان كفل بغير امره لم يرجع
بما يؤديه لانه متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا
ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه
بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه لما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور
بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء
وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط
فصار كما اذا ابرا الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال
قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع
قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم
المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته
فيعامله بمثله واذا ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل
لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرا
الكفيل لم يبرا الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن
تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق
له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هاهنا بخلافه فان
صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي
عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ
عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء

تخمنه لانه تبع صح

الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الحوالة بامره بخلاف ما اذا صالح
على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب
بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابرآء الكفيل عن المطالبة ومن قال لكفيل ضمن
له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره
لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء
فيرجع وان قال ابراتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى
غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال
محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ
لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه اقر ببراءة
ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى
انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا
كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابرآء الاصيل وكل
حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص
معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة
لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر
الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو
الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي
رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على
سوم الشرآء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون
ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة
ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض وبتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن
او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر
دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه
فان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه
والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة وكفل له رجل بخدمته

اي قد برئت متصل بقوله الي ... رب الدين للكفيل برئت الي من المال الذي كفلت به عن فلان فهذا اقرار بالقبض حتى لا يرجع الطالب على الكفيل ... قد دفعت الي المال او نقدتني او قبضته منك سواء ن

لانه يحصل المقصود بها وهو الزجر ... وهذا لا يتحقق اذا اقيم على غير الجاني ن

بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز
ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة في النفس والمال
جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه
التوقف ما بيناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو
تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء
المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي
من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح
وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال
انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار
كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد
به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل
وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رح و
قالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان
به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا
يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه
وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين
واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال
ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب
المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي
ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة
لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه
ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب
بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب

اي يجوز موقوفا تتوقف على رضى الطالب فينفذ والا بطل ن فينعقد في الحال رضا الطالب ليس بشرط وهو الصحيح ن كذا

فانه لو قال لامراة زوجيني نفسك فقالت المراة زوجت كان هذا نكاحا ... ن

وكذا اذا كان له مال ما يفضي الى الاداء باق لان ... المال ... في احكام الدنيا ن

للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل
ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه ملكه الا ان فيه نوع
خبث بينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة
بكر حنطة فقبضها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده
على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع
الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية
عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به
على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين
فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه
استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين
عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر
ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة دراهم فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي
عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة
سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن
مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لخسر المشتري نظرا
الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين
وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين فكيف ما كان فالشراء للمشتري
وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له
عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له
على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة
القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى
به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك
فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على
الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة
وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه
لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع

تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر
ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس
جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره
يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه
فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل
عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى
يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب
المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد
وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في
البيع ولا هو اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله
كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو
يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على
اقرار المتعاقدين فصل في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن
او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما
فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير
لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا
صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز
ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب
احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا
لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر
المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت
الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه
اختلف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله
واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي
النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب فالحكم ما بيناه

٣ ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين

ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وإن قال
ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه
الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر
ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط فكان القول قول
من أنكر الشرط كما في الخيار أما الأجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط
بأن كان مؤجلا على الأصيل والشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف رحمه الله
فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني والفرق قد أوضحناه ومن اشترى جارية وكفل
له بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لأن بمجرد الاستحقاق
لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الأصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم
المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل
قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل العهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد
وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف
الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة
رح لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو
بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح والله أعلم

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا
بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى
يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل
وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة
لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة
لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه
فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور وإذا كفل رجلان عن
رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه
بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل
وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبهما

وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل وكما تصح
الحوالة من المحتال عليه وإذا عرفنا هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل
كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى بخلاف
ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء
رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره وإذا أبرأ رب المال
أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على
الأصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب
الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف
لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه وكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه
ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في
حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما متعلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف
في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك
فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق
المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق
لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة
إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في
الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان
وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى
أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن
أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه لأنه مؤدى عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع
على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال
حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع
ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل

عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بتأخره ثم اذا ادى يرجع
على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل
لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد
برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد
فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته
لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد
الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاولى واذا
كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه
بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه
الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان
بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع
وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير
موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه
فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة
بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة
الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة
الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل
السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده والله
اعلم

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال النبي صلى الله
عليه وسلم من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح
كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين وتصح برضى المحيل والمحتال له والمحتال عليه
اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد
من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام
الدين من المحتال عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل
من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل
واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس
والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن
في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال
الشافعي رح لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب
جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة
لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند
ابي حنيفة رضي الله عنه احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا
هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان
الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال
واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه
بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا يكون قبول
الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال
بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان
لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة
الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع
رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان
هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة
بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت
المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق
المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ
ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر

الطريق وهذا النوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعاً
والله اعلم

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع
في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة
يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق
اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي
ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة
او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله
وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا
الثلاثة رحمهم في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق
ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار
النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود
القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو
الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول
الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار
او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون
صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال
ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة تقلدوه
وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه
لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح
وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح
بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل قال عليه السلام
عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والترك عزيمة لانه قد يظن من نفسه انه يقيمه

بحقه فلعله يخطئ الظن فلا يوفق له ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة
الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق
العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها
لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه
فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضوان
الله عليهم اجمعين تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في
نوبته والتابعون تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية
القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال
الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا
كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها
بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في
خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر
في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم
ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة
الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم يقم لم يعجل بتخليته
حتى ينادي عليه ويحتاط في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل
كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل
فيه على ما يقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول
لما بينا الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت
باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا
بدأ بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى
لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك
وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما

المسجد بذكر الله والحكم وكان رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه وكذا
الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء
عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في
ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب
المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة
ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان
يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية إلا من ذي
رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لأن الأول صلة الرحم والثاني
ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه
حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد
أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه قال ولا يحضر دعوة إلا
أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب
قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمهما الله يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود
المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
وعد منها هذين ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه لأن النبي عليه السلام نهى
عن ذلك ولأن فيه تهمة قال وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال
لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر قال
ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر
فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا
منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه أن يقول له
أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه
أبو يوسف رح في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه
إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل فصل في الحبس قال وإذا ثبت الحق
عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه
لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف
كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع

امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور
المطل بإنكاره قال وإذا امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده
كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه
به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على
أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال
إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه لم يوجد دلالة اليسار
فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي إثبات غناه ويروى أن القول
لمن عليه في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له فيما بدله
مال وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر وفي إعتاق العبد المشترك القول
للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب
أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا
عند أبي حنيفة رح ضمان الإعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالا أو ثبت
ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلثة ثم يسأل عنه
فالحبس لظهور ظلمه في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد أن
تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر
أو أربعة إلى ستة أشهر والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف
أحوال الأشخاص فيه قال فإن لم يظهر له مال خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه
وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى قال وفي الجامع
الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه
وإن كان معسرا خلى سبيله ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت
مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة
زوجته لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة
فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال إلا إذا امتنع من الإنفاق
عليه لأن فيه إحياء لولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان باب
كتاب القاضي إلى القاضي قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده
للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا وإن شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز

وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل
الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه
لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة
على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد
فيه ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه رحمه الله انه يقبل
فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه
المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان
الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف
كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي
ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه
اليهم كيلا يتوهم الى التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم
بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر
غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء
من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر
كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف قال فاذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره
بخلاف سماع الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه
فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه
فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في
الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة
كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة

الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء
حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه
التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في
غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد
كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو
معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه
غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في
اثباتهما فصل آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص
اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان
يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته
فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني
بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره
رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء وقضى
به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء
متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد
الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه
ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان
عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ
في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون
مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر
مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر
الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن

كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب
معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر
في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال
الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع
المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الانكار والاقرار من الخصم
فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط
قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون
بانابته كالوكيل وقد يكون بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان
كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في
الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه
وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح
الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

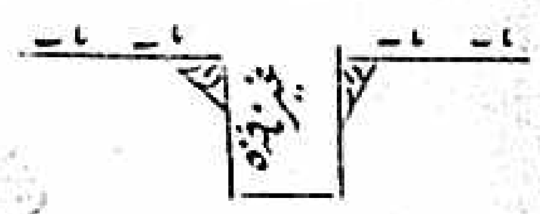
واذا حكم رجلان رجلا
فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه
عليهما قال وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط
اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم
عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن
ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه
ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه
ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان
الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات
وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما
في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم
من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة
لانه مخالف رأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله

بالعقل ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع
ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان
الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده
وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان
التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته
عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء واذا حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه
امر يحتاج فيه الى الرأي

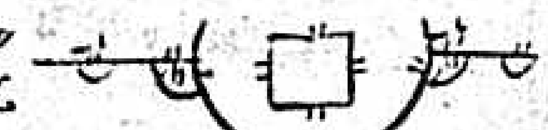
مسائل شتى من كتاب القضاء

قال واذا
كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير
لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف
في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع
والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر
والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر
بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة
تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى
ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور
اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق
الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من
المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح
لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي
الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد
لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة
مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها ومن ادعى
في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي
مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعي
وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه

صورة الزائغة المستطيلة



صورة الزائغة المستديرة



في الساقط فلا يقضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل
انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة
على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل بينته لظهور التناقض
اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها يقبل
لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبله ولم يقل
جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عنده ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا
بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر
اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان
لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما
يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع
فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان
الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم
جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر
انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا
او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق
لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه
بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن
قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل
لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد
المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال
اشتريت فانكره له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد
برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي

شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء
قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب
وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى
ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم
يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال
ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء
لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة
وذكر القدوري رح انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب
على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن
التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط واقام
البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من
كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رح انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا
ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيستدعي وجود البيع وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى
وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق
فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله
بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام
بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان
الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم
العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق
ويصير كفاصل السكوت فصل في القضاء بالمواريث قال
واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت
الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها
لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت
في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية

فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت
بعد موته فالقول لهم ايضا وتحكيم الحال لا يصلح للاستحقاق وهي
محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال
ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت
لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة
فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه
وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام
حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا
على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول
ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن
المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح
قال واذا قسم الميراث بين الغرماء او الورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا
شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة
فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره
لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا
لان الموت يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه
واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا
فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين
على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا
كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما
الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة
اللقطة واقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع
وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رح ان المجتهد
يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام
الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي

له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق
منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يديه جاحدا اخذ منه
وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك
المال في يديه بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء قد وقع للميت مقصودا واحتمال
كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع
بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة
له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق
لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة
بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار
وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف
ايضا وقول ابي حنيفة رح اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه
انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب
لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان
المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا
عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين
الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في
يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما دون اليد فيقتصر على ما في يده ومن
قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله
فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم
اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب
الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة من المال
اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال
الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف
رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رحمه

لا يدخل لأنه سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج
بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال مالي صدقة في المساكين فقد قيل يتناول
كل مال لأنه أعم من لفظ الملك والمقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال
فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئا تصدق بمثل ما أمسك لأن
حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف أحوال الناس وقيل المحترف يمسك
قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه
ماله قال ومن أوصى إليه ولم يعلم حتى باع شيئا فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف رح أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضا
لأن الوصاية إنابة بعد الموت فيعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة ووجه
الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة
فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة إنابة لقيام ولاية
المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة
الموكل وفي الأول يفوت لعجز الموصي ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه
لأنه إثبات حق لا إلزام أمر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده
شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا هو والأول سواء لأنه من
المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول وبخلاف رسول الموكل
لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وإذا باع القاضي أو أمينه
عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم
مقام القاضي والقاضي مقام الإمام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن
قبول هذه الأمانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع
لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا
يباع بطلبهم وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض

القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت
وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي
على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا
ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لأنه لحقه في أمر الميت و
الوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد
عاملا له فصل آخر وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه
أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد
رح أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل
الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن
المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب
القاضي للحاجة إليه وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه
عن التهمة ولأن طاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الإمام
أبو منصور رح إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة
وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا
وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم
لتهمة الخطأ والخيانة وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها
إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي
وكذلك إذا قال قضيت بقطع يدك في حق إذا كان الذي قطعت يده والذي
أخذ منه المال مقرا أنه فعل ذلك وهو قاض ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك
في قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين
عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو أقر القاطع
والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي
صحيح كما إذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه فعل قبل
التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه أسند فعله
إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا
مجنون والجنون منه كان معهودا ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما

اقر القاضي يضمن لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل عن تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع ولا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق

والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته

بان تقول الداية بيده المرأة هذه الولد

ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب صح

يرجع الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها

ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم فيهم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم

هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه فيؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم

ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان
فيه الشهادة او خبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وهذا قال ولا يجوز للشاهد
ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على
انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان
او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة
لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد
بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة واما اذا فسر
للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك
تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى
عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا
نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه
واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله
هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان
تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب
كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له
قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية قال الشافعي رح
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة

ان يتذكرات بالمكان دون الحادثة
وكان بتذكر المكان بمنزلة معرفة خطه
في الشهادة دون الحادثة

حل له ان يشهد بالنكاح بينهما كما لو
عينا في يد غيره عملا بالظاهر

لقوله عليه السلام الولاء
لحمة كلحمة النسب صح
اللحمة بضم القرابة
صحاح

امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك
والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك
لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف
الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك
وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق
ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال
زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه
الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه
غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا
ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز
الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف
الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء
يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت
القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف
ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قال
ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له
الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف
المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح
تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء
ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء
منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر
شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت شهادة اخرى بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق

بخلاف ما لا ان الرقيق لا يكون يعرف
في يد نفسه والصغير لا يكون في يد
نفسه

فصار المالك معلوما بالتسامع
والملك معروف

وهذا الستة الخمسة التي ذكرها
كالنسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي

لصحة تحمله بالمعاينة وبعد صحة تحمله يحتاج
الى الحفظ والاداء عند القاضي
والاعمى فيهما كالبصير

اذ الولاية نفاذ القول على الغير

قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاباء والاولاد متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال العبد رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني الا ترى انه لا باس بضرب الدف في العرس والوليمة قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق به الحد للفسق

قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لان كشف العورة حرام قال ولا من ياكل الربوا ولا المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى ومن كفر بعد ذلك فاولئك هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه [٣] وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك

٣ وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي صح

المستأمن قال وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر
قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد
من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الإلمام بمعصية
لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد الشهادة المشروعة لأن في اعتبار
اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق قال وتقبل شهادة
الأقلف لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافا بالدين لأنه لم يبق
بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لأن عمر رضي قبل شهادة علقمة الخصي
ولأنه قطع عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده قال وولد الزنا لأن
فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك رح لا يقبل في الزنا
لأنه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه و
الكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لأنه رجل أو امرأة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ رحمهم الله لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا
على الظلم وقيل العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
يقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رح في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم
على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال
وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي فالشهادة جائزة استحسانا
وإن أنكر الوصي لم تجز وفي القياس لا تجوز وإن ادعى وعلى هذا إذا شهد الموصى
لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان
أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة
إليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت
معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار
كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما
لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس
له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما
دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما
فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله

الجرح المجرد المعني من المجرد هو أن يطعن المدعى عليه الشهود بطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقوله فسقة أما الجرح الذي هو غير مجرد
فهو أن يكون معه حق من حقوق الله تعالى بأن أقام المدعى عليه البينة أن الشهود زنوا أو شربوا الخمر كان مقصوده إقامة الحد
وهو مما يدخل تحت الحكم أو أن يكون معه حق من حقوق العباد نحو أن قال صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا علي
بهذه الشهادة ودفعت المال إليهم ولم يفوا بما شرطوا فإني أطالبهم بما دفعت إليهم فإن هذا الجرح لأن فيه إيجاب رد المال وهو
مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا علي بهذه الشهادة ولكن لم أدفع المال إليهم لا يقبل

بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما لأن القاضي
لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ولو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي
غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم
بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام
ولأن فيه هتك الستر والستر واجب إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك
لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو أقام رجل أي المدعى عليه البينة
أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار
وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه أجنبي عنه حتى لو أقام
المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم
العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح
بناء عليه وكذا إذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال
ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم
برد ذلك المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في
قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم
يبرح مكانه حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا جازت شهادته
ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة
كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر
واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد
وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط
ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار كلام واحد ولا كذلك
إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب
وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا
مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد
أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير
المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله أعلم بالصواب

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت
وإن خالفتها لم تقبل لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول

الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف
والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة
والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة
فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف
والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف
المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما
جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف
جنس المال قال واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي
يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها
لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى
والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة
والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير
الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي يشهد
بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا
عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل
حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه
قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف
لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه
آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته
ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلناه قال وينبغي للشاهد اذا علم ذلك
ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما
انه قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء
على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض

القرض وبمثله لا يمتنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة
وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين
لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما اولى من الاخرى فان سبقت احديهما
وقضي بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء
بها فلا ينتقض بالثانية قال ولو شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في
لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل
الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل
الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم
على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم فصار
كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان
يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب
آخر والآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة
والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال
ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة
فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن
فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما
لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد
فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان
المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة
ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا
من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى
في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن
فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين
في الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة

والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف
رح مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين
السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل
والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف
في البيع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما
في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان
المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده
ليس الا هو العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه والله
اعلم فصل في الشهادة على الارث قال ومن اقام بينة على دار انها
كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يديه فانه يأخذها ولا يكلف البينة
انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث
حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا
لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك
للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين
حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان
شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير
والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن النقل والجر قال وان
شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة لان الايدي
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل
فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد
انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد
مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا
شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول
لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة

باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ
لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي
مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفع الى
المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انه كان
في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق
لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء
الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق
ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية
او من حيث ان فيها زيادة احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود
فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين
على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان
لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله
عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق
فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
لما روينا وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب
عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله
الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره
حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني
فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة
الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما

لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحمّل ما هو حجة قال ولا تقبل
شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام
فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة
وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن
المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل
هذا الحكم وعن أبي يوسف رح أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع
أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن والثاني
أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث رح قال فإن عدّل شهود الأصل شهود الفرع
جاز لأنهم من أهل التزكية وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح لما
غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم
في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في نفسه وإن ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند
أبي يوسف رح وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها
لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون
التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا
بأنفسهم وشهدوا قال وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال وإذا
شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا
أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي
هات شاهدين أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا
تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين
يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي لأنه في
معنى الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل
قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة
الخاصة وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة

أي ظهر النقل التحميل لأنه لولا التحميل لم يوجد النقل والنقل إلى مجلس القضاء
لأن الموت ... وكذا المرض ... تكليف المريض بالحضور ... وأما الغيبة فالمعتبر فيها السفر لأن المدة معتبرة في القصر والفطر ...
نحو قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مسح الخف إلى ثلاثة أيام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول وعدم الجمعة وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج
بالنصب على المفعولية
أي عدل الفروع الأصول لأنه شاهد من الفروع
وينتظر القاضي في حالهم ... عدالة شهود الأصل لمن هو أهل التزكية

أي من جهة الفروع ومن جهة الأصول لأن الأصول ينكرون التحميل

عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة
وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية نسبة خاصة وقيل السمرقندية والبخا
رية عامة وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف
وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف على ظاهر الرواية
فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى فصل
قال أبو حنيفة رح شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا
ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور
أربعين سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها
حد مقدر فيعزر وله أن شريحا رح كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل
بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع
فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة
بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فإنه
كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير السوقي بعد العصر
أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا أخذنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الأئمة السرخسي رح أنه يشهر عندهما
أيضا وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما
زورا لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم
هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثباته بالبينة لأنه نفي للشهادة و
البينات للإثبات باب الرجوع عن الشهادة قال إذا رجع الشهود عن شهادتهم
قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فإن حكم
بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم
بالمتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال
القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان
والتناقض لا ينافي صحة الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى قال
ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القضاء أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على

وشاهد الزور عندهما هو المقر على نفسه ... لا يمكن إثباته بالبينة ...
فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا أو شهدت بغير علم ...

حسب الجناية فالسبب السر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير
مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا
يقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض
كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به
ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر
البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب
عند وجود المباشر قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ
الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم
ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان
الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما
ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى
بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط
الضمان فاولى ان يمنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم
يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء
ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل
بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمانية فلا ضمان عليهن لانه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه
النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع
الرجل والنسوة فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة
رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله
ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت
شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال
ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين لما
قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان
الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان

على قارعة الطريق ووقع فيها دابة يجب الضمان على الحافر لتعذر اضافة الضمان الى المباشر

فان قلت ينبغي ان يضمن الراجع الثاني لان التلف يضاف الى المجموع الا ان رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف كان بهما

وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها
تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك
والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين
الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا
لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما
اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان
السبب هو البيع فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضيف التلف اليهما وان
شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر
لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او
ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط
جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
وان كان بعد الدخول لم يضمنا قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته
لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا
الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص
منهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل
اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا
تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف
المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة
ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات
والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في
مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود
الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم
انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار

لان التقوم يتحقق عند الاحراز والاحراز لا يكون الا بالاغراض ق نهت

يعني لو اتلفا مال الزوج في مقدار مهر مثل المرأة فقد عوضا منافع بضع المرأة بمقابلة ذلك المال فلا ضمان كما لو شهد بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا ق نهت

قيد بالشهادة على الطلاق بعد الدخول به ثم الرجوع عنها منع الضمان ن

كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء ولو قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا
عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع
بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع
نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان
عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار
ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه
الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع
بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم
يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم
ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية
ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا
كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية
فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا
شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود
اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط
المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود
الشرط وحدهم اختلف المشايخ رحمهم الله ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق
قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه
جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض
الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا لحاجته وقد صح ان
النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز التوكيل
بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه
الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما اسن عبد الله بن جعفر رضي
الله عنهما وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة
لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد
لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل

احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا
الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات
الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله
وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام
الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز
عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة
رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب يضاف الى الجناية والظهور الى
الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل
بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع
غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر وقال
ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا
او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاه وهو
قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل
تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون
وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس يتفاوتون في الخصومة
فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير
الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما
يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت
المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله
يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها
قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان
يكون الموكل مالكا للتصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من
جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل
ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر
البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل
العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز

دون الحدود

وكل صبيا محجورا
يعقل جاز

ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه
ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه
في حق المولى والتوكيل ليس بتصرف في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة للصبي
لقصور أهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن أبي يوسف رح أن المشتري
إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون محجور له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد
على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب قال والعقد
الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع
والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل
لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن
العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغني عن إضافة
العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول وإذا كان كذلك
كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض
الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن
كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسألة العيب تفصيل
نذكره إن شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج
بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض ألا ترى أنه لا يستغني
عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول
وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور
صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من أخواته
العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فأما الصلح الذي هو جار مجرى
البيع فهو من الضرب الأول والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع
والرهن والإقراض سفير أيضا لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل أصيلا وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة
إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة

الرسالة فيه قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه
أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد فإن دفعه إليه جاز ولم يكن
للوكيل أن يطالبه ثانيا لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ولا
فائدة في الأخذ منه ثم في الدفع إليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين
يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون
دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان تقع المقاصة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء
شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به
معلوما فيمكنه الائتمار إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لأنه
فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا والأصل أن الجهالة اليسيرة
تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه
استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم إن كان اللفظ
يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن لأن
بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وإن كان
جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأن بتقدير الثمن يصير
النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله إذا وكله
بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا فإن بين النوع كالتركي والحبشي
والسندي والمولد جاز وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن
ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة ومراده
من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا
أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة
اسم لما يدب على وجه الأرض وفي العرف يطلق على الخيل والبغل والحمار
فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء
ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف
اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه

نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي
بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك
وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك
فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم
يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن
منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره
قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون
قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد
لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق
كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال
واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد
الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه
ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله فان
هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده
كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك
لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن
التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا

مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رحمه وهو قول
ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رحمه لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع
منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ
بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده
الموكل بعيب والوكيل رضي به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ
قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف
رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى
به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين و
لابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء
العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون
له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله بشراء
شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه
ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بغير جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا اخر بشرائه فاشترى
الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر
الامر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول
لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي
الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو
المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا
وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله
على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم
غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر

وان نواها للنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل فان تكاذبا
في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه
لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا
ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا
يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان
مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة
التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا ان يشتري
له عبدا بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك
استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني
هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا
ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند
ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة
خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك
ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور
سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال
غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا
العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار
منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له ذلك لان
الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار
مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت
المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق
في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا
بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه
فيجوز

في الشراء ن

فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر
لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين
دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها
مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري
الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح
يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز
لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من
الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على
آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع
تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان امره ان
يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر
مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم
ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين بطل
العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل
كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين
منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك
الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى
بدين على غير المشتري او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير
وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال
لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله
الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا

وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور
اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين
فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو
ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية
تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا
فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري
وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فتلزم الجارية المأمور ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه
فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول
قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ
هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا
وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن
اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذا لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف
وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر فصل في التوكيل بشراء
نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها
اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان
بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور
سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا
اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة
وامكن العمل بها اذا لم يسم فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه
متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى
المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل
بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد
وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما هنا احدهما اعتاق معقب للولاء
ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضى به ويرغب في المعاوضة المحضة
فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي

لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه
لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده
حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا
فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر
وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذلك لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه
فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده
او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة
بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب
المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار
بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل
بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه
بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق
الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية
بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا
المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان الوكيل
بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف
لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما
نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود
حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان

التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو
كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا
الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من
الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل
بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات
ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط
في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع
نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع
الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف اولى
وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف
الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد
من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول
تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا
استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا
اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا
بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر
ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف
ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث
مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان
القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى
هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة
شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان
عيبا لا يعرفه الا النساء والاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في

في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب
ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة
قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة
حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه بعدم ممارسته المبيع
فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو
غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه
ببينة او بنكول الموكل بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث
لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهو الاقرار فمن حيث الفسخ
كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث
مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد
متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة
ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة
باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة
وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد
من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب
المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى
انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف
ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون
القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة
ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح
وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه
فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض
الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه فصل واذا وكل

وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا فيه دون الآخر وهذا في تصرف
يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براي
احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي
في الزياده واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها
متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراي يحتاج اليه سابقا
لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض
او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي
بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما
طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه
تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال
وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه
رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان ياذن له الموكل لوجود
الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في
هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته
وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي فان وكل بغير اذن موكله
فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راي الاول وقد حضر وتكلموا
في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا
لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني
فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا
بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر
ان غرضه اجتماع رايهما في الزياده واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر
الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن
قال واذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيره حره مسلمه او باع
او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية
الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر
لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد
من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة

اعلم ان هذا الحكم الذي ذكره فيما اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد في التصرف كفاية

لانه نوع من اظهار الحق ولا بد فيه من ذهاب مهابة مجلس القاضي

وهو الوجه الذي يجوز للوكيل فيه بان قال الموكل للوكيل اعمل فيه برايك او اذن له الموكل بالتوكيل

القدره والكفر يقطع الشفقه على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد
من الذمي فاولى ان تسلب الولاية فاما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك
باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل
وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك
اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره
الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا
الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال
فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات
فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان
الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء
العين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل
القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما
قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون
خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه
امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض
عبد له فاقام الذي هو في يديه البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى
يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة

لانه صار دارا اذا لم يكن ذميا ويحتمل ان ... الاسلام ... اصل والخلف كفاية

اختلف في الرواية ... الوكيل بالخصومة ... جميعا فان الوكيل بالخصومة في الدين والعين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلثة

في اصل اللغة لانه ذكر في ... تقاضيته ديني وبديني وتقضيته ديني واستقضيته ديني طلبته ... واقتضيت منه حقي اي اخذته

اي يمكن على القبض ... بالتخلية

ولهذا يجبر على الاداء ولو كان ... لما جبر ... بجنس حقه يجوز له الاخذ

فانت لا على الخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل
في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام
البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك
العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق
او العبد على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا
دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز
اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه
يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس
القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي
يوسف رح اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح
والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما
عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة
قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله
انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى
وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ومخير
الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره
لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا
يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه
خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء
يخرج عن الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب
والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال
عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان
الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناه صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم

فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل
لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه
حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال
عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض
دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقتضيه
خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم ثانيا لانه لم يثبت
الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع
به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل
فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف
انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان
يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة
اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال
على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على
رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع اليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه
اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع
حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار
كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن
قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له
بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا
وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد
اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من
اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض مال
فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة
قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه ولا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال

فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب
في جارية فادعى البائع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف
مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر
الخطأ عند نكوله وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر
الخطأ عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه
لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر
لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح
ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من
غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق
وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس
ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه
ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه باب عزل الوكيل قال
وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق
به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال
حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل
فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته
او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به
ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه
بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء فلا بد
من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان
قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط الصوم
وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد
رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور
في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان
اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته

نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد
مر في السير وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت
او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا
وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه
الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام
الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل
حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق
بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه هذا
عند محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه
رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين
فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية
التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات
وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد
لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انه تعود كما
في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال
وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله
باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج
امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا
او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف
بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها
الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده
فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء فاض فعن ابي يوسف رح انه ليس
للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال
محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز

قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب
لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره
فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله
اعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى
وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد
عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا
بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن
الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار
للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع
اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة
الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها
ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى
ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ
في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في
كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين
المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله قال فان لم
تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف
والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط
مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال فان ادعى عقارا حدده وذكر
انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر
النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر
اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره فان ذكر
ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما
اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد
في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد
منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي
هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول
لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه
ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول
هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان
كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق
الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت
الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان
الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام
الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال
ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك
وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى
كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف
رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه
دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره
الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي
لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة
وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي
رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال
الشافعي رحمه الله يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار
كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا
ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد

اذ البدل دليل مطلق الملك بخلاف النكاح لان البدل لا تدل عليه وكذا على الاعتاق
وجنسه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعا عليه عن اليمين قضى
عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به بل يرد اليمين على
المدعي فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين
المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي ان
يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك
بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفا قال فاذا كرر
العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول
بعد العرض مرة جاز لما قدمنا وهو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون
حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم
انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال واذا كانت الدعوى نكاحا
لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء
والايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة
الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه
لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه
والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات
واللعان في معنى الحدود ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول
المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه
الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل
لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته
في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه هنا ترك المنع

المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان
المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار
كما اذا شهد عليها رجل وامراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل
الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح
اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت
النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة
وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب
المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والام
في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل
عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى
يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الارش
فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب
المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر
بالخطا والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها
لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل
مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا
امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام
كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل
واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى
يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير
بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر
بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة

للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب
لا يكفل لعدم الفائدة قال وإن فعل ذلك أمر بملازمته كيلا يذهب حقه
إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل إلا إلى آخر
المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة
على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية
الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف
قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله أو ليذر ويؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل
قوله قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ
على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق
عليه يمين واحدة وإن شاء لم يغلظ فيقول بالله أو والله وقيل
لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا
وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة
باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى
عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله
عليه السلام لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على
موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى
عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما
بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رحمه الله
في الأصل ويروى عن أبي حنيفة رح أنه لا يستحلف أحدا إلا بالله خالصا
وذكر الخصاف رح أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو
اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي
أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف
إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن

سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عباداتهم
لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون
ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع
قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع
قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف
في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب
ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد
يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل
في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب إلا
إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر
السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما
إذا كان سببا يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف
على السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو
ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه
في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف
على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد
الكافر لأنه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر
على العبد المسلم ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لأنه لا علم له بما صنع
المورث فلا يحلف على البتات وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود
المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى
على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان
رضي الله عنه وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا لأنه أسقط حقه باب
التحالف وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى
البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام

احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى
منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان
البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى
زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى
بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف فاما بعد
القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له
بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه
بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا قال ويبتدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف رحمهما الله
آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه
يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدى
بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف
رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع
عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين
ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي
تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه
حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي
البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما

لانها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم

والحديث صحيح مشهور فيترك به كل قياس بمقابلته

ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة
او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ
في فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه
جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال
وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان
التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف
ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه
قال والقول قول من ينكر الاجل والخيار مع يمينه لانهما يثبتان بعارض
الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع لم يتحالفا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ
البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار
بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي
يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا
في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد
القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال
قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع
العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود
وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين
قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن
له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة
رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف
رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك

وقال محمد رح يتحالفان عليها ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف
للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال
قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكنه
التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر
والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة
الهالك اصلا لانه ح يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان
المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك
شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما
لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف
على قول محمد رح ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ
او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا
في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع
فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي
يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخ العقد في القائم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم
القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع مع يمينه وايهما اقام
البينة تقبل بينته فان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل
اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك
فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع
اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو
ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال
فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين

الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا
فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه
في قول ابي يوسف رح قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في
الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص
لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس
لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على
البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري
ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة
في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى
ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم
لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال اذا
اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين
فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة
المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن
لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية
وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده
على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل
قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي
بما ادعت المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة
قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه
قال العبد الضعيف ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل
لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه
كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج
الرازي رح بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده
ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة

المستحقة الآن قيمة الجارية إذا كانت مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة وإن كان في المنافع فبينة المستأجر وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد رحمه الله لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه قال وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن ولأبي حنيفة رح أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال وإذا اختلف الزوجان في المتاع فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة

الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام مورثه وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره وقال أبو يوسف رح إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند

ثم هذا احتراز عن اختلافهما في نفس الإجارة فإنه لا يجري التحالف منهما بل القول فيه قول من ينكر الإجارة

قال اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه

محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند محمد رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين
وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل فلم يكن بيده
يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر
شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة وان
قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما
فان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد
البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى
الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح
دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا
استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه
هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار
كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير
بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد
من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته
كونه احق بامساكها والله اعلم باب ما يدعيه الرجلان قال واذا ادعى
اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال
الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا او
يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا
حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقام كل
واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء
ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما
سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن
بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال

فلم يكن بيده صح

فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض لواحد من البينتين
لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما
لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقتا البينتين فاما اذا وقتا
فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته
لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد
احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة بها وقضى القاضي ثم ادعى الاخر
واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض
بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا في الاول
بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج
الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد
معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف
العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما
في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين
ويخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده ولعل رغبته في تملك الكل
فيرده وياخذ كل الثمن لو اراد وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار
لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع
لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي
للاخر ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف
للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول
تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقتت احدهما ولم
يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا
لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد
لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا

حيث يكون صح

من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأنه أقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا
الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى
بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح
بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض
لأن الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كما إذا أقام
البينتين على الارتهان وهذا أصح وإن ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه
تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت
الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد رح الشراء أولى وعلى الزوج لها
قيمته لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير
صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر
هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى
لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن
مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض
لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى
والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض
وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه
أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه ولو
ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول
أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا
ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت
الأخرى قضي بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك
لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن
الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء
غيره ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث
الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم أرباعا لأنهم يتلقون

يتلقون الملك من جهتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق
قال وإذا أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك
أقدم تاريخا كان أولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية
عن محمد رح وعنه رحمه الله أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على
مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما أن
البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت
فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
وعلى هذا الخلاف لو كان الدار في أيديهما والمعنى ما بينا ولو أقام الخارج و
ذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحديهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله
صاحب الوقت أولى لأنه أقدم فصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحديهما كان
صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع
بينهما حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما
ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة وقال أبو حنيفة
وقال أبو يوسف رحمهما الله الذي وقت أولى وقال محمد رحمه الله الذي أطلق أولى
لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم
على البعض ولأبي يوسف رح أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت
بيقين والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء
ولأبي حنيفة رح أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار
كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب
الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل
واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما لا تدل
عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على
طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على
النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه ولو أقام أحدهما
البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان

لانه بينة قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك
اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج
لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد
لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق
اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز
الصوف وان كان يتكرر قضي للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء
والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به
فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر
النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال فان اقام الخارج البينة على الملك المطلق
وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي
اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء
منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه
اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا
ينعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان
الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه
التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي
اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان
على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون
من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده
ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله
لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم
تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار

في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين
فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب
آخر قال فان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان
شهادة كل شاهدين علة كاملة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها على ما عرف قال وان كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فان
صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما
في النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبر طريق
العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف
بسهم واحد ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها
في الزيادات ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء
ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف
الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له
ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها
نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى
لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار
كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان
كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال
وان كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر
بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق وان كان كل واحد منهما يدعي
الوصول اليه من جهته

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه
اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر

ردیفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف
وكذلك اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا
قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من
جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق ولو تنازعا في بساط واحدهما جالس عليه
والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه قال
واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في
يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يديه لانه اقر بانه لا يد له حيث
اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يديه لانه لا يد له على نفسه لما
كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية
لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط ل
رجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق
فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد
بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع
وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي
ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط
لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء
فهو بينهما وان كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر
بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة
وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب
بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر
بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه
الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر
شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق
يده ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى
لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى

وجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء
ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي
وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت
فالدار بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى
الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما
غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام
الحجة لان اليد حق مقصود ولا يستحق لاحدهما من غير حجة فان اقاما البينة
جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد
لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال
فيها والله اعلم باب دعوى النسب واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد
له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع
اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه
الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم
الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع
او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه
دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح
دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا
اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع
لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة
تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل
من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون
العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال

العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم
حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد
جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو
الاصل في النسب فلا يضره فوت التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف
اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن
كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين
انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري
وعندهما متقومة فيضمنها قال رض في الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في
ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري
الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه
باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي
الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور
فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح حيث يثبت نسبه منه وان كانت
امة وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه
وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق
النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة
الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت
به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما
وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا
ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل
البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع
لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها
او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض

فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف
ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان
النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ومن ادعى نسب احد
التوأمين يثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما
ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر
فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير
اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه
لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه
يثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان
فيتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا
لحرية فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد
الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو
ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد
العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل
النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا
صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه
لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من
غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له
حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد
المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل بالاعتراض الاقوى

بجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى
وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله
فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل
الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر
النظرين قال واذا ادعت المراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة
على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على
الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة
كافية فيها لان الحاجة الى تعيين اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي
عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة
عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب
منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه
ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك
عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها
من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش
بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهذا نظير ثوب في يد
رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما
الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل
لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت عنده ولدا فاستحقها
رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ
امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح وتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق
ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه
الا بالمنع كما في ولد المغصوبة ولهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع

المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث
ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم
قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع
بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له السلامة
كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا
كان ما اقر به او معلوما قال رضي الله عنه اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه
ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم
باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر
عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في
حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص
لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف
المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية
في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي
والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ
بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف
مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط
به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول
لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره
وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له القيمة لانه اخبر عن الوجوب
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول
قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي
حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا يجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع
تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله
في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف

لا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند
الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم
حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا
قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير
بثلاث نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع وان قال دراهم كثيرة لم يصدق
في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب
النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي
اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث
اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر
منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق
في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين
لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل
وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير
واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان
ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بدين
لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة فلو قال المقر هو
وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال
محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال الشيخ الامام رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر
في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان
ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي
او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء
في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف
فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في
الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي
حتى لو لم يذكر حرف الكناية لم يكن اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما

لا يكون بحق

يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا
دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك
بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه
في التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا
اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه
وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين
على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب
واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان
المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على
ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم
في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند
كثرة الوجوب بكثرة الاسباب وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
واما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال
مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين
مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر
والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة
وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه
وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا
من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر
بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد رحمهما الله يضمنهما ومثله الطعام
في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل
الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على
الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا
فان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف
فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث

يلزمه درهم واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه
الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس
من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان
حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي
بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء
فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد
الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة
رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان
وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه
فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه
كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم
بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل
ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه
بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح
لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح
ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون
واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل
شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل
عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله
ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل باب الاستثناء
وما في معناه قال ومن اقر واستثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي
لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل
او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد

فيما اذا لم ينو او نوى حقيقة كلمة في وهو الظرف لان الدرهم لا يكون ظرفا للدرهم ك

اعلم ان الاقرار للحمل على ثلاثة اوجه احدها ان يبين سببا مستقيما والثاني ان يبين سببا مستحيلا والثالث ان يقر للجنين بالمطلق من غير ذكر سبب ك

بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له
علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح
الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء
ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما
اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية
واما في الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب
فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح
مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا
فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق
فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال
لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى
بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا
قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء
داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في
الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف
ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار
لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه
قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا
حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال
له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له
ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على
وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك
عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا

ولو قال لفلان علي مائة درهم الا قفيز ... وكذلك لو قال الا ... استثناء الشيء استثناء الاقل عرفا ... ظهيرية

فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ومعنى فكان باطلا ك

فلا يصح استثناؤه من خلاف الاسم ... المقدار كان من المقدرات ... من الدراهم ... استثناء المجهول لانه تكلم ... ولا اصل له ك

الا ان يثبت الاجل بالبينة او بتصديق المقر له ك

بان قال هذه الدار الا بناءها ... البناء ماخوذ من بنى الشيء وهو وضع الشيء على الشيء ك

اعلم ان في هذه الجنس ... اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار ... صحة الاقرار ... والدعوى بعد الاقرار ... ان الاقرار حجة ... على غيره ... ك

باختلاف السبب عند سلامة المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك ولكن انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسيناه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر الكلام للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مقتضى العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك هذا العبد معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة به كان القول قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف ما اذا فصل لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة

فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها لم يضمن
والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو
الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى
غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض
في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه
فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت
ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك
وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما
توافقا على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض
والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها
وقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر
والقول للمنكر فان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة
والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب
ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود
عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف
الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به
اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة
من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها
كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو
الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار
ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته
الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم

ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه
الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان
وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط
ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون
وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين
المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان
لاستوائهما في سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة
القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار
لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة
تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف
النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان
حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته
على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه
حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاول حالة اطلاق وهذه حالة عجز
فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له
وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر
مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين
في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي
دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء
الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن
ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال واذا قضيت يعني الديون المقدمة
وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد
في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون

في صحته جاز اقراره لانه لا يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من
الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في
جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه
لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر و
بوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار
له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا
ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء
والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته
الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن
المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار
بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه
فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما
بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا
انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لانه
الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال
هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق
فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان
التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم
اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام
العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق
ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه
وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه
خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر

في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط
تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة وضعها في الغلام الذي يعبر عن نفسه بخلاف الصغير
على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة
في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه
تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا
ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا
ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا
مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى فلا بد
من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد
الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد
موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع
بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الولد
نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره بالنسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث
معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم
الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال
وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان
من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال خاصة ولو كان الاول
وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم
انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لآخر كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان
لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات
ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن
شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية
فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه
بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم

فاقر احدهما ان اباه قد قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عنده غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه

الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شئ يقابله فيرجع في كله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل والصلح جائز عن دعوى المال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شئ الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما يصلح مسمى فيه يصلح مهرا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شئ لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح

حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما
القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح تبطل الشفعة
لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب
المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه
واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه
لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف
الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال
وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير
ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا
عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة
جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على
بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال
ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره
ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز
الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد
عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا
ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز
وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا
للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان
مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال
بذله لها جاز كذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول انه
يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى
منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل
الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال واذا ادعى على رجل انه عبده فصالحه
على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على
هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه
يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان

ان يقيم البينة فيقتل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز
له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق ان رقبته
ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وكذا استخلاصا بمال المولى وصار
كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا وكذا استخلاصا وهذا لان المستحق
كالزائل عن ملكه ويد شرائه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه
فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليه تكون
ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن
الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في
الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه وحقه في مثله صورة
ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على
الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر
من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة
رح ان القيمة في العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز
الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا
انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل
وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من
الدين لانه اسقاط محض وكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح
الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح
عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل
دون الموكل قال فان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال
وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي
سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل فيكون متبرعا
على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط فلا

ولا فرق في هذا بينهما إذا كان مقرا أو منكرا وكذلك إذا قال صالحتك على ألفي
هذا أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد
التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على ألف وسلمها لأن التسليم إليه يوجب سلامة
العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف
فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف وإن لم يجزه بطل لأن الأصل في العقد
إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة
إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على
إجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر أن يقول صالحتك على هذا الألف أو على هذا
العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم
بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم
الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم
يرجع عليه بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم
استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق
الضمان ولهذا يجبر على التسليم فإذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل
على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر
ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة
زيوف جاز وكأنه إبراء عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه
ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فيجعل إسقاطا للبعض
والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق لأنه
لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالح
على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على
التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح
الصلح ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل
خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن
الأجل وهو حرام فإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن
البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة

بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما إذا صالح عن ألف بيض على خمسمائة
سود لأنه إسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود
لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان
عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه يمكن
أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا
للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم قال ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي غدا منها
خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه
الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق
ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح
عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ
بالإبراء ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه
يصلح غرضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي
محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا
لتصرفه أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة
وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسألة على وجوه
أحدها ما ذكرنا والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا
وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك على حاله وجوابه
أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث إذا قال أبرأتك من
خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط
لأنه أطلق الإبراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا
فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما إذا بدأ بأداء الخمسمائة لأن الإبراء
حصل مقرونا به فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا
لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال أد إلي خمسمائة
على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود
الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا صحيحا
لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا
بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي

خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه
بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد وهو ما قال الآخر
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره اذ لا يمكنه
اقامة البينة او التحليف ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية
يؤخذ به فصل في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما
من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك
بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق
فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك
القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه
فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع
اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل
لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء
اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه
في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض
لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي
على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه
ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة
بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر
فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته
باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض
ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم
ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض

بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض
كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا
بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رح والتزوج به اتلاف في ظاهر
الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما
من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز
الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى عينا فاقال احدهما في نصيبه ولهما
انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة
الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا
يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض واذا شاركه فيه رجع المصالح
على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال وان
لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق فصل في
التخارج واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار
او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي فانه صالح
تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت
التركة فضة فاعطوه ذهبا او كانت ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس
فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان
جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد
القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير
ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض
فيما يقابل نصيبه من الذهب او الفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح
عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم
ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط
التقابض في المجلس قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان
يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه

الدين هو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح
فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى
ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كان
في التركة غير المكيل والموزون ولكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا وقيل يجوز لانها لا تفضي
الى المنازعة لقيام المصالح حصته في يد بقية الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم
حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله
وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد
عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث
النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى
المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا
ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بالعمل واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا
خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين
ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال وانما تصح بالمال الذي
تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز بخلاف
ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل
على ما مر في البيوع وعندهما يصح لان ما يشتريه يقع للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال وشرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها
كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفسادها [illegible] فيسقط المسمى
في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفسادها والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع
لم تصح المضاربة ولا يجاوز باجر المثل المسمى عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما بين في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل وقد وجد وعن

ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها
والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين
مستاجره في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه
لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال
في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل
ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة فمن الجانبين فلو شرط خلوص اليد
لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع
خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك
عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم
الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة
وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد
مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون
بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه
عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح
ولا يحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل
من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر
فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض
وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رح انه
ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع
في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب
قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء
لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه
وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف
الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل

له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس له الاقراض منه
وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه
أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا
القول قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له أن
يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة
الى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى
الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه
تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان
كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه
في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود
والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية الجامع
الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط
الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن تشتري في سوق
الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد
الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية
اليه ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ
هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لأن الفاء للوصل
او قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للالصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل
به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به
في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على
أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع والمكان
قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لأن العقد
وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل
في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد

اي قوله اعمل برأيك لا الا الشركة والخلط بالمال من صنيع التجار فيملكها المضارب عند هذا القول ق نهاية

آخر لو خص سوقا بعينه فان ذلك غير مقيد حتى جاز له أن يتجاوز ذلك السوق التي عينها الا اذا صرح التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذا السوق حينئذ تقييد بذلك السوق ق نهاية

اشارة الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق ق نهاية

قوله تعمل على اعرابين بالجزم على جواب الامر وبالرفع على انه حال

هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك
وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مقيد وهو التقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع صح

الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا
لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق
عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة
لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال
ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان
زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال
شيئا لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء
يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه
منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب
الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي
الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء
رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما اعني الام والولد
مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي رأس
المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة
السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك انشاء العتق
فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا اخبار فجاز
أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة
وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة
الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما وجودا فيضاف اليه
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعي الغلام
لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لأن الالف مستحق برأس المال والخمسمائة
ربح والربح بينهما فلهذا يسعى في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف

أي يشتري من يعتق عليه من مال المضاربة ولكن هذا اذا اشتراه بمثل قيمته من مال المضاربة اما اذا اشتراه بأقل من قيمته فليس له أن يشتريه لأنه يظهر الربح بنفس الشراء فيعتق ك مط

صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا واخا ن نهاية

العتق تعذر موسرا كان او معسرا لأن ثبوت ظهور العتق حكمي لا صنع للمضارب فيه وهو الفصل في قيمته وذلك لمنع وجوب الضمان عليه لشركة كالوارث ق نهاية

له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد نفذت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به يضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما اذا خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة وان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل

والاعلى

في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفع الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فبيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق للاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف والله اعلم فصل قال

واذا اشترط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف فصل في العزل والقسمة قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال وان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح

فيض الصاد المهملة صار نقدا ظاهر عدم جواز تصرف المضارب في الدراهم والدنانير

وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال كله او بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله

المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة و
توابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان
لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة
على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما
يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة
إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة
غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه
جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل
برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك
إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير
بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما
انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال
بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه
نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا
ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف رح أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب
ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة كذا هذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب
المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد
المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا
لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف حقا
للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون
استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية وبخلاف ما إذا دفع
المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب
المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع وإذا لم يصح
بقي رب المال عاملا بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى قال وإذا عمل المضارب

في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه
ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة
القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار
محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل
لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز
التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير وبخلاف
البضاعة لأنه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة
لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح
فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في
مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا
ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع
يحتاج إليه كالحجاز وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه
اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن
أبي حنيفة رح أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به
فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلوم الوقوع وإلى الدواء
بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال وإذا
ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع
من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول
دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها
قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد
قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال
على ما مر وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لأنه عين مال قائم
به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف
القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع
ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك
انتظامه الخلط فلا يضمنه فصل آخر فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى
بها بزا فباعه بألفين واشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال

الف وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على
المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب
اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما بينا
فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى
بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام
الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بينا وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن
على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على
المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه
دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه
بالفين فيظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف ففي حصة المضاربة ثلاثة آلاف
يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب
المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي
بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين
ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة
بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر
في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان
فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب
لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه
لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس
ماله لان قيمته الفان فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بينا
ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد
بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما
بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة
يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه

معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن
ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا انما يكون بقبض مضمون
وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه
قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة
تجامعه الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة
وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع
بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو
قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء
على ما مر فصل في الاختلاف قال فان كان مع المضارب الفان فقال
دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول
قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله
لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر
في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار
الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما
اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم
فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة
فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته ويدعي
الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة
فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر
ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة
لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما
اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته
الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت
الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول والله اعلم كتاب الوديعة
قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير

غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة
الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال
وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على
الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم
او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف بالامانة
ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا
اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها
الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها
صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه
لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى
لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها شركه
ان شاء مثل خلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير
بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان
استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه
فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة
فلا يصلح موجبة لها ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق
له الا في الدين وقد سقط وعندهما الابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك
الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار
اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو
عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه
ينقطع حق المالك الى الضمان وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا
للغالب اجزاء وعند محمد رح يشركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة

قال

قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس
فاختلطت لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال
فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال
غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع
في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها
غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرا
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرا الا بالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت
نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ
في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها
فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك
غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان لارتفاع العقد
اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة
وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع
كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد
الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها
لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه
قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر
بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل
ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في
الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا
ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر
انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار
كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد
كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر
لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج
بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ وكان صحيحا

قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رح وقالا يدفع إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رح أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين فلا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه قال وإذا أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر وهذا عند أبي حنيفة رح وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال قال وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكما إذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو وإن كان له منه بد يضمن لأن الشرط مفيد فإن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط

وهو الحفظ بموجب العقد

الشرط فيعتبر وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وإن كان مفيدا يصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال وإن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجع على الأول لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه لذلك وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره قال ومن كانت في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما وشرح ذلك أن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة فإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد

بنصف الآخر بغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام البزدوي رح
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق
الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ قضاؤه للاول وضع المسئلة في العبد
وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه
اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول
وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال
ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر
بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له فهذه فريعة
تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب. كتاب العارية. قال العارية جائزة
لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك
المنافع بغير عوض وكان الشيخ الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير
لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك
فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة
للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين
فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في
الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة
لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند
ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك
لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب
وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم
ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لان الاذن
له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى
لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك
المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله

لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح
الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي
رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة
الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض
على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع
بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان
ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب
الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في
موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان
الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا
لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب
الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله
العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك
لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن
المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور
بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح
له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو
تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت
قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز
فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله
لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة
اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع
به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة

فيها وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال ولو استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلان المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رحمه الله في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه واجرة

رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال وان استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

قال الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال

ما لكه رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت
ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به
وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على
المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له
في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له
الواهب في القبض والقياس انه لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك
الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول
في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك
فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما
اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد
الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه
قال النبي عليه السلام أكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك
الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا
الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة
اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف
ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني
فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقول النبي عليه السلام فمن اعمر عمرى
فهو للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال
حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال
كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية
لما قلنا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية
محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم
وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قلنا

ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو
تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز
الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال
الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه
وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله
الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولانه في تجويزه
فيه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة في عين تبرع به وذلك لا يجوز ولهذا
امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر
هو الممكن فيكتفي به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به
وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع
الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه
ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد
ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض
غير منصوص عليه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع
قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز
لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في
سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب
معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد
باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة
اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في
النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع
قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا
لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه واذا
وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف

ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك
غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب
ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض
الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع
واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه
جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها
له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه
لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه
لان له يدا عليه معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك
ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا
لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها
بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا
جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد
من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف
من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت
لكل منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق
الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى
دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين
بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لا يجوز
وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة
لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل
سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض
ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا

فلا شيوع والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هو الصحيح والمراد
بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها
وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما
نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو يوسف رح مر على اصله وكذا محمد رحمه
والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك
في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض
لما بينا والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع
فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته
الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده
بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد
الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب
فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقول النبي عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان
يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع
فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد
قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة
فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد
اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه
فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال فان وهب له ارضا بيضاء
فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة
فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك
زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا
وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في
غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر
المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها

فكذا في نصفها بطريق الأولى قال وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع
فيها لقول النبي عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولأن المقصود
صلة الرحم وقد حصل وكذلك إذا وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها
الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها
بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال وإذا قال
الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه
الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن
عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع
لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق
نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق
نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع
بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا
ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع بالنصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع
إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود
وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه
قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده
بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه
لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض
الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان
بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض
لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال وإذا تلفت
العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء
لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر
التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح

العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة
لأنه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى
البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد
من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين
وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع
الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح
مالكا لنفسه فصل ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل
الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل
لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل
بالشروط الفاسدة ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين
على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على
ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة
المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك فإن وهبها له على أن يردها
عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه
بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط
باطل لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل
بها ألا ترى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف
البيع لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى
الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر ألف درهم
فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال إذا أديت إلي النصف
فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك
من وجه إسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الدين إبراء وهذا لأن الدين
مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان
إسقاطا ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط
يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداه

قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارة

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع قال وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى

لان الاجارة تمليك المنفعة بمطلق العوض

للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا على ان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلاثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقطت الاجرة وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين

وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلته وكذا اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود
وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر
وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها
كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق
الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ
لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة
حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا
عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل
لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق
الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده
قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر
لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله
عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له
لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر
ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف
ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامها عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يومن الفساد قبله فصار كا
اخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه
ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا يرى انه ينتفع
به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر
وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين
كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف
قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك
المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء

ضمنه معمولا فله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله
اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس
العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب
نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل
ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق
الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رح
ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط
حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو
راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير
رضاء البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان
يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة
في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق
عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء
الدين فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة ويجيء بعياله
فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان
استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال
محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو
العلم بما في الكتاب لان الحكم يتعلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام
وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان
وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره
ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده
فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رح لان المعقود عليه هنالك قطع

قطع المنازعة على ما مر باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان
العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل
كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا
لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة
لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة
تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان
المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض
السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد
حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع ما شاء لانه
لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر
الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم
اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة
لانه لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار لصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت
مدة الاجارة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لانه
لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار صاحب الارض
ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا
ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله
فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع
الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب
لا نهاية لها فاشبه الشجر ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة
معهودة معلومة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق
ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا
من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك
اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس
في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره

او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب
واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل
لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان
يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على
ما ذكرنا وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة
فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر
كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له
ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في
موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل
الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي
غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت
ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب
وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك
الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة
وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا
باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق
بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها
الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذا
العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد
بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك يعني اما اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق
وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا
فبقي الامر بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة

والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فاذا انقطع
الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حماراً بسرج
فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان
يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان
زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم
الاذن من جهته فصار مخالفاً وان اوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما
في السرج وهذا اولى وان اوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح
وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون
المالك راضياً به الا اذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض
بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رح ان
الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما
على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفاً كما اذا حمل الحديد وقد شرط
له الحنطة وان استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره
يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن
بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن
لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقاً يسلكه
الناس فلم يفصل وان كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد
فصار مخالفاً وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان
حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغه فله
الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استأجر ارضاً ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافاً الى شر فيضمن ما نقصها
ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوباً ليخيطه
قميصاً بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به الدرهم قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل
استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن
ابي حنيفة رح انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص وجه

ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص
فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور
جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن
من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فانه يخير كذا ههنا باب
الاجارة الفاسدة قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته
الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به
المسمى وقال زفر رح والشافعي رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في
الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما
اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل
لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها
وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر داراً كل
شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة
شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد
لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد واذا تم كان لكل
واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة
جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد
فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم
العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو
القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد
منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان
استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان
المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين
قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي
استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف

الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال النبي عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقول النبي عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان ابن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو

الفعل الذي يحصل به التمكن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه فلا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على ان الاصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عليه السلام وقبله فاقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافه اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر

والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا كان مبيعا واما يصير مبيعا عند الاجل
كما في السلم قال وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج
فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة
لحقه الا ان للمستأجر ان يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان
لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي
ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل
عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص فيه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به
العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى
والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل
الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق
عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا
المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله
اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة
لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه
النبي عليه السلام وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا
اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى
فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله
بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستأجر ملك الاجير
في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما قال ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما
مشتركا بينهما فلا اجر له لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا
اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى
هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاجارات
هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد

للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع
المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى
الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون
من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض
يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو
منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان
كانت ثلاث سنين لا يبقى للتثنية منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول بل
المراد منه الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال
وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز
وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة
الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس
بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار
محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر
احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال
الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار
كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا
مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجره على عمل لا وجود له لان الحمل فعل
حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم
المعقود عليه فلا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا

لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هناك المنافع
ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما
هو ملك نفسه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع قال ومن استأجر
أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة لأن الأرض
تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر
بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا
كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل
مضيه والخيار الزائد في المدة قال ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم
يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه
لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة فإن بلغ
بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الأولى وإن اختصما قبل أن
يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد
إذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الأجير

قال الأجراء على ضربين
أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار
لأن المعقود عليه إذا كان العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر
مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع أمانة في يده إن هلك
لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب
كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما
كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا
هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه
كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق
الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته ولأبي حنيفة رح أن العين أمانة في يده لأن
القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان
مضمونا لكان كالمغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الأجر بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر قال

قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظم نوعيه المعيب والسليم
فصار كأجير الوحد ومعين القصار ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل
تحت العقد وهو العمل الصالح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه
حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين
لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر
فأمكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه
فكان من صنيعه قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من
الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد
وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة
قال وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن
شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع
الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع
الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء
الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين
شاء وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى وفي الأول لا أجر له لأنه ما استوفى
أصلا قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد
فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت
أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين
نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطباع وضعفها
في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما
قدمنا لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد قال
والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر
شهرا للخدمة أو لرعي الغنم وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه
في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن

نقص العمل قال ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما
الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما
لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والأجير
الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن
المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا
منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه باب الإجارة
على أحد الشرطين وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم
وإن خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجرة
وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين
وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار
الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك
هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء
وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة
غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن
الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب
الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات
الخيار ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم
فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة رح
لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد
على درهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله
الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على
البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في
كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا
يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف
النوعين ولأبي حنيفة رح أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم
على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا كان
كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد

الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم
الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية
الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رح هو الصحيح
لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال إن سكنت
في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين
فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة رح وقالا الإجارة فاسدة وكذلك إن آجره
بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة
رح وقالا لا يجوز قال ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف فإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل
عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول
أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد
الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية
لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية
والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة رح أنه خيره
بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه
بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في
أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب
بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن باب إجارة العبد ومن استأجر
عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت
على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كإسكان الحداد والقصار في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين
الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب قال ومن استأجر عبدا محجورا
عليه شهرا فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر وأصله أن الإجارة
صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا تجوز لانعدام إذن المولى وقيام
الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار
الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة

وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه قال ومن غصب عبدا فآجر العبد
نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالا هو
ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان
يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به وهو غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز
نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وإن وجد المولى الأجر قائما في يده أخذه لأنه
وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار
الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة جاز
والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز
أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة قال ومن استأجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال
أبق أو مرض حين أخذته فقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول
قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل
فيترجح بحكم الحال إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة
في نفسه وأصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف في الإجارة

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال
الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر
فقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من
جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف
لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه قال وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل
أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير في مسألة الصبغ
إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز
به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب قال
وإذا قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب
الثوب لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه
والقول قول المنكر وقال أبو يوسف رح إذا كان الرجل حريفا له أي خليطا له فله
الأجر وإلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما
وقال محمد رح إذا كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله

لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا
للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رح لأنه منكر والجواب عن استحسانهما أن
الظاهر للدفع والحاجة ههنا إلى الاستحقاق

باب فسخ الإجارة

قال ومن
استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لأن المعقود عليه المنافع
وأنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في
البيع ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل
كما في البيع وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه
قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت
الإجارة لأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت
المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا رحمهم الله من قال إن العقد
لا ينفسخ لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع
وعن محمد رح أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه
على أنه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن
فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه قال وإذا مات أحد المتعاقدين وقد
عقد الإجارة لنفسه انفسخت لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز
وإن عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام
ما أشرنا إليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الإجارة وقال الشافعي رح لا يصح
لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان
للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة
لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة
وفوت بعض المعقود في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها
ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر في بعض المدة قال وتفسخ الإجارة
بالأعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان
حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به إذ المعنى يجمعهما

وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا
هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن
الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة
لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا
في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته
ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في
الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة
الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين
وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا
يدل على انه لا يحتاج الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه
فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج
الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر
قال ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو
مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته
او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر
لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره قال ولو مرض
المؤاجر فقعد فكذلك الجواب في رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه
لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار قال ومن
آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد
انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا استأجر الخياط غلاما
فافلس فترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات
مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط
باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد
ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية
وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة

للصرف ثم

ويشتغل بعمل آخر

للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان
الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما العامل ههنا شخصان فامكنهما قال ومن استأجر
غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة
السفر اشق وفي المنع عن السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا
اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر
يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع عن السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر مسائل منثورة
قال ومن استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض
اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه
وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان
موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ
في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة
فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة
فيما يحصل قال ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل
المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة
يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر
وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال
وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض
ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذلك غير الزاد
من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس
امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء
الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله
واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل

لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد
وقال النبي عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضوان
الله عليهم أجمعين وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل
المولى إن أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز
مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في
زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان
احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا
من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع
في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا
بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه
على المضايقة وفي الحال امتنع من الأداء يرد إلى الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير إذا
كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف
نافع في حقه والشافعي رح يخالف فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة
وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد
حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال ومن قال لعبده جعلت عليك
ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت
فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة قال ولو قال إذا أديت
إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على
الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء
مرة قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه أما الخروج
عن يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق
مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن
نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة
وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة
حق من وجه فإن أعتقه عتق بعتقه لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه
إلا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه

العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول
إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان
وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا وإن أتلف مالا لها غرم لأن المولى
كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه فيمتنع حصول الغرض المبتغى
بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على
قيمته فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت
الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد
لأنه موجب للقيمة قال فإن أدى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر لأن
البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رح أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق
بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رح أنه إنما يعتق بأداء عين
الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق معلقا بالشرط وصار كما
إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة
أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء
البدل المشروط أما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر
فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في
قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته
كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد
وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق أصلا
فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل وأمكن
اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناسه فلا يثبت
العتق بدون إرادته قال وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر
على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف
الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة
فيجوز وعن أبي حنيفة رواه الحسن رحمهما الله أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلم يعتق وإن عجز

يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم واشبه الصداق
قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة
اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على
ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العبد
ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن
ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب
والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى
الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما نبينه
وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب
تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية
لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رحمهما الله
انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت
الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق
قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء
المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على
الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية
المنتهى قال واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هي جائزة وتقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما
بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح
مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه
على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين
النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح
اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل
في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز هو

وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او
بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه يبتنى على المماكسة قال ولو كاتب النصراني عبده على خمر فهو
جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا
وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم
ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث يفسخ البيع على ما قاله البعض لان
القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف فاتى بالقيمة يجبر على
القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا
قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين
الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث
لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر
لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا
يوصله الى المقصود وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل
وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع
بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى
فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص
فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله
لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع
في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح
في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب
العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في
حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج
الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل
الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له

ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير
مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة
واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال
فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مآله العتق والمكاتب ليس من
اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب المال فيملكه كتزويج الامة
وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل
اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو
ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى
الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق
اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في
العبد اذا اشترى شيئا فان ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه
لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول
فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق
عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة
المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص
العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه
اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير
بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة
نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له
شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته
وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب
واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما

المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال
فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم
تزويج العبد فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه
من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر
الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم
محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة
الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحرية وله ان للمكاتب
كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب
يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي لغيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على
الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني
في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى
ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال
واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولده
اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا
الحكم قال النبي عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب
في قول ابي يوسف رح ومحمد رح لانها ام ولد له خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس
ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا
يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد
بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد
من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب
الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه
وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكد فيسري
الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت
منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها
في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب بامر مولاه امرأة زعمت انها حرة
فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد
ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح

أي المكاتب والعبد المأذون

أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور
وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ولهذا أنه مولود بين رقيقين
فيكون رقيقاً وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية خالفنا هذا الأصل
في الحر بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وهذا ليس في معناه لأن حق المولى
هناك مجبور بالقيمة المعجلة وههنا بالقيمة المتأخرة إلى ما بعد العتاق فبقي على الأصل فلا
يلتحق به قال وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وإن كان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ
به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في
حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه
لولا الشراء لسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل
الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال
وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة
وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة
يقع فاسداً والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهراً في حق المولى

فصل وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة
وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل
وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك
الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وإذا مضت
على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما
قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وإن
ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب
الكتابة وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولداً آخر
لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء سعى
هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية
لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها قال وإن كاتب المولى أم ولده جاز
لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه
تلقتها جهتا حرية فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد

السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء
فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها
من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق
البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه
ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال وإن كاتب
مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد
الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها
أو جميع مال الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح تسعى في الأقل
منهما وقال محمد رح تسعى في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف
في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع محمد رحمه الله
في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الإعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبداً
وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما
عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة
فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث
بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة
ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل وإن
قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت
حرية الثلث ظاهراً والظاهر أنها لا تلتزم المال بمقابلة ما تستحق حريته
وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف
بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة
وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق في شيء عنده فافترقا
قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت
على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست
بلازمة في جانب المملوك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة
رح وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على

ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بيّنا قال واذا اعتق المولى المكاتب عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلاً الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالاً والباقي الى اجله او يرد رقيقاً عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالاً والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يترك مالاً سواها ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالاً والباقي الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليها لما بيّنا من المعنى قال فان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالاً او يرد رقيقاً في قولهم جميعاً لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفاً فهو حر فادى لا يعتق قياساً لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسألة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء لما بيّنا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلاً في الكتابة واولادها تبعاً على ما بيّنا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف

اي ما ذكره من الدليل في الطرفين من قوله لان له ان يترك الزيادة الى آخره

ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن الاول نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها

مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر به المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق اما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف

قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر
لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت
له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار
التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به
نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما
هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لانه اعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة
المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع
ثلث البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت
البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما ولا كان للآخر الخيارات
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر
يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر
باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا
كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا
لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق
لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن
نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار باب موت المكاتب وعجزه وموت
المولى قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه
او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين
والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء
فلا يزاد عليه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان
لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا
الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول
نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان

يسيرا

ان الخيارات الثلث وهي خيار التضمين وخيار الاعتاق وخيار الاستسعاء

نصف نسخة

القياس ان يرد في الرق بمجرد العجز الا انا اخرناه الى ثلثة ايام لانها ضربت لابلاء الاعذار

ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون
اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول
نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة
لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم فردها فسقط الاحتجاج بها
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان
الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد
من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد
بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا
لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال وان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر
جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول
علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن
ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل
وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده
مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء
ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه
عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر
والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحقوق بل اولى لان حقه آكد
من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فنزل
حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون
اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال
وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على
نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في
كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك

ولد اشتراه في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا
عند ابي حنيفة رح اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة
والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر
الاكساب ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا
في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف
اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه
واذا اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في اخر جزء
من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون
هذا حرا ورث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان
الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب
وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من
قضيته الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه
يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا
وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء
بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام
واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب
وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى
المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان
العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية
في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح
للغني او الهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء
فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك وكذا

ان يلي الناس وانما قال دينا لانه لو كان عينا لا يتاتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال ش كفاية

انجرار الولاء

لان المكاتب يملك بجهة وينتقل الى المولى بجهة اخرى فاختلف السبب ن نهاية

وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى لانه لا خبث في نفس
الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير
حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا
وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب
لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب فاستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال
واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا
هو موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى
يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا
اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به
عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول
اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد
ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على
القضاء او الرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء
لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان
الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي
الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل
له اد المال الى ورثته على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب
انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء
فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر
اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة
لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء
عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض
او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة
كتاب الولاء الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على

الهاشمي

فصل

لانه لما كاتبه وهو لا يعلم لزمته قيمته لان اختيار الفداء لم يثبت وعند اسقاط الدفع بفعله يغرم قيمته فاذا زال المانع قبل انتقال الحكم الى القيمة رجع الدفع او الفداء ن ك

يعني ان الحرية حق العبد والكتابة سببها فيكون الكتابة حقه ايضا فالحرية والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان لرجل دين على اخر ن ه

بع

ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء الموالاة
وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه
والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام
تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق
المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولانه بالتناصر
فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق فيرثه ويصير الولاء كالولاد والغنم بالغرم
وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وخلف بنتا
فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال
وبغيره للاطلاق لما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء
لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق
وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة
وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته
لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه
وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو
العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد
عتقت وعتق حملها ايضا وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على
معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه
عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام
الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما
توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى
غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا
لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر
من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد
عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا
فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام لان العتق ههنا في الولد

في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء لحمة كلحمة النسب قال النبي
عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى
الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا
اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق
فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد
مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت
والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك
فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا
وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد
فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحق
بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد
الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه
كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق
بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون
عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين
على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له
اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة رح قال رضي الله عنه وهو قول محمد
رح ايضا وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان
الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء
العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق
العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب
العرب قوية معتبرة في حق حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت
عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة
العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي
ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم مولى

امهم وقال ابو يوسف رح موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال وان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا فان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة تاخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناه ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلف فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه الابن دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها

بان المعتق آخر العصبات مقدم على ذوي الارحام فكان احق بالميراث من العمة والخالة ان كن

اي من معتقهن الولاء ويكون ذلك الولاء لمعتقه فيكون لها من معتقها الولاء ن ضه منظ

اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به

اي للمولى الاعلى وهو المسلم الاصلي ن ه

اي العقل عنه حال الحياة والارث بعد الممات ن

تم الوصية بحقها الفسخ فكذا ... لكن ان لم ينقض العقد بحضرته ...

سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه
او يفسد اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق
ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق
القدرة والذي قال ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان
المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك
تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف
المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا
على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة
او على ان يقر لرجل بالف او ان يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان
شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي
قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء
يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد
يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان
الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة
الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا
باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت
لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجازه جاز والموقوف قبل الاجازة
لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه
وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى
لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا
فيجوز الا انه لا ينقطع حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض
البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل
حق الاول لحق الثاني قال العبد الضعيف عصمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا

بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما
هو المعتاد للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه
دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع
لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث
يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع
وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال
وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد
قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع
مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له
فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب
وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام
البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث
يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز
فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر واكره على ذلك
بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو
من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا
الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة
المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو
حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه
ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه
لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة
وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا
بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا

فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف
الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب
قال فان اكره على الكفر بالله تعالى او سب رسوله عليه السلام بضرب او قيد او حبس
لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى
قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه
مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد
قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا
فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار
لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه
الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه
صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله
هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم
للاستثناء قال فان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو
من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت
ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل
وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما
لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص
على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله
يجب على المكره وقال ابو يوسف رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر رح
ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على
اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي
رح في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في
هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رح ان القتل بقي مقصورا
على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة
في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة
له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه

عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة
الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال
وان اكرهه على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه خلافا
للشافعي رح وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة
له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية
على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم
يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع
بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على
المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من
قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من
حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره
على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في
فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان
مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ
ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء
فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه
فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه
على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يجب
الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن امراته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه
لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك
فان قالت المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان
فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع
الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام
حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى
وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على
الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال

الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا
ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت
ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر
هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب
محمد صلى الله عليه وسلم ففعل فقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام
بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد
خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء
لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد
الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان
عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده
ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون
لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب
اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل
البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء
فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى
مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة
والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة
وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف
عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا
عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى
فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد
لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع
والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون
لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف

للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف
بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بينا قال
فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه
لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر
بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع
وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى
عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا
الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى
ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر
البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض
له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع
من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له
اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا
منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رح
انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه
بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع
ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى
عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في
العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطائه
آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في
الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر
فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد
المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى
لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض

نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان
تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم
يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان
علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه
بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا
السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في
اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح
لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع
على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع
توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف
قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في
الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله
لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد
من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة
الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه
عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل
يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه
لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب
السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق
والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى
في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة
كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا
لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده
جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام
المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه

ق

اي ربط ان القضي الثاني ولو ردي لنفذ
معناه استمر على سعيه الى ان لا احكم
بنفاذه كذا وجد بخط شيخي رح
نهايه

ناظرا ع

ل
يوضحه ان السفه ليس بشيء محسوس انما
هو بغبن في التصرفات وقد يكون ذلك
للسفه وقد يكون حيلة منه لاجتلاب
قلوب الناس نحو وان كان محتملا
مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء
القاضي بخلاف الصبي والجنون والعته
نهايه

جبر الكندارك بقدر الضرورة

المديون

لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته
بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى
ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع
قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان
الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل
قال وان تزوج امراة جاز نكاحها لانه لا يوثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية
وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل
الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف
في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة
او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب
عليه وينفق على زوجته واولاده ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان
احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها
لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه
في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى
نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه
وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق
ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها
واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى
ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة
واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة
واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا
يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن
عمر رضي الله عنهما لا تجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا
في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن

المريض اذا ادعى نسب ولد جاريته كان
هو كالصحيح حتى يعتق من جميع المال بموته
ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لان
حاجته مقدمة على حق الغرماء بخلاف
ما لو اعتقها
نهايه

يعني تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها
قبل الدخول كذا يبطل ما زاد على مهر
حصر نهايه

ولا يتوهم ايضا فيه التبذير لما وجب
الحج لا يمنع منه فيسلم اليه الزاد والراحلة
فيعطي ما يحتاج اليه وذلك من اصول حوائجه
نهايه

امواله والوصية تخلف تماماً او ثواباً وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية
المنتهى قال ولا حجر على الفاسق اذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الاصلي و
الطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفيه
ولهذا لم يجعل اهلاً للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم
رشداً فادفعوا الآية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق
من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي
عندهما ايضاً وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات
ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له فصل في حد البلوغ قال
بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني
عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم
لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمسة
عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه
في الغلام تسع عشرة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثمانية عشرة
فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسعة
عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع
الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك
في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة
الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده
واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه
القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن
وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره
في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهراً فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول
المرأة في الحيض باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا
وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر
اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه

لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص ولكن يحبسه ابداً حتى
يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان
الحجر على السفيه انما جوزاه نظراً له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله
فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما
البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله
ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق
عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب
والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق
كيف ولو صح البيع كان الحبس اضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا
يكون مشروعاً وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع
لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله
دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسان والقياس
ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً منه وجه الاستحسان
انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي
ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملاً بالشبهين
بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا
ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة
الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه
ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس
قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الدين لانه تعلق بهذا المال
حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه
مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق
به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار
وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله
الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال

فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم
في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب
ادب القاضي فلا نعيده الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى
سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم
يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال
بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت
له جارية وفيه موضع يمكنه وطئها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين
فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس
بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق
يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه
يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه
وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح
فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان
مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع
لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة
لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع
لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج
لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة
فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم
القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر
عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية
لكنه يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه
منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك
حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته
المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو

وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف
في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب
اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين
حكم الدين كتاب المأذون الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط
الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه
الا موجبا لتعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل
حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التوقيت
حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع
ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق
بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو
لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في
التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له
اذنت لك في التجارة فلا يقيده وجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا
لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث
ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا
الخلاف الصبي المأذون له ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه
دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث
للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد
البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء
لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء
واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من
صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه

في مرضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزاني بتاجر به ولا ان يشارك
شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لان من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه
عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه
لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال
الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة
فلا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره
فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا
الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد
الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه
به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية
العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له
الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء
الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه
فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا
لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي
الغلة وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالكسب او قال اقعد صباغا او قصارا
لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون
بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح
لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار
في صحته وان كان في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال
لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة
قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها
فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب
والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه
مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه وصار
العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال

قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض
كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه
ابتداء او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي
اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب
المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا وكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه
على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه
قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء
اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن
بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء
بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا
كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب له
لانه من عادات التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من
الاذن تحصيل ما لم يكن لا تفويت ما قد كان له وذلك بتعلق الدين بكسبه حتى اذا
فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك والجامع دفع الضرر
عن الناس وهذا لانه سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع
في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء
ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقبة وقوله في الكتاب
ديونه والمراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناه كالبيع والشراء والاجارة
والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء
المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية
لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر
عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق
بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ

ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة
مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل
يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها ويقدم حقهم قال فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر
حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر
عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي
علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام
ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث
يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر
اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا لان الاذن غير لازم
وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية
الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما
حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح
هو مأذون لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب
ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه
بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف
الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت المأذون لها
من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان
الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا
تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت المأذون
لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة
ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها
لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر

الغلة كل ما يحصل من ريع الارض او كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك نهـ

واشتهاره نخ

معناه لو اذن المولى العبد المغصوب يصح ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فهنا كذلك ... من كفـ

ويضمن هـ

او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره
لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها
لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت
حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو
اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة
وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف
ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره
وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان
العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن
خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك
المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملك ما في
يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى
ما يثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف
ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق
حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما
فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه
فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه
قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة
رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز
عنده لان حق بقية الورثة متعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته
اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهب
اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر

اي لم يكن العبد خصما في استيفاء حقوق عقد باشره عند المولى الاول قبل البيع اذا كان يستوفيها بعد الحجر ن

لان المأذون لا يعرى عن قليل دين لان الناس ... فلا يعرى عن قليله فلو كان مانعا للملك لفات المقصود من الاذن ... من كش

يحيط بكسبه نخ

الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وبهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة
حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد بين
التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في حق البيع مع المولى
للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من
المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة
لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي
وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء وبهذا الفرق قال على
أصلهما قال وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي
عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولأنه يفيد فإنه يدخل في
كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف
تتبع الفائدة فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين
من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف
ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين قال وإن
أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان
أخص به من الغرماء وجاز للمولى أن يكون حقه في الدين إذا كان يتعلق بالعين ولو باعه
بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة
يتعلق بها حق الغرماء قال وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لأن
ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق حقهم به بيعاً واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا
بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان وإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير
لأن حقهم بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون
لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً
قال فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فإن شاء الغرماء
ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا المشتري لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه
إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض
والتغييب فيخيرون في التضمين وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم
والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد

أما على أصل أبي حنيفة رح فلا يحتاج إلى هذا الفرق لأنه يجوز من المولى سواء كانت المحاباة أصلاً على ما هو اختيار رواية الكتاب نهاية

ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب وهو دين لأنه مقابل برقبة المكاتب ك

ضمنوا

ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لأن سبب
الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم
رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان
المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء
والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل
وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن
فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم قال وإن كان
البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافاً له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لأبي يوسف رح أنه يدعي الملك لنفسه فيكون
خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون
الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى و
باع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه
جائز إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في
المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل
قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فإن
حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور
فالقول له لأنه متمسك بالأصل فصل وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة
فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال
الشافعي رح لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي
التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والياً للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق
بخلاف الصوم والصلوة لأنه لا يقام بالولي وكذا الوصية على أصله فتحقق
الضرورة إلى تنفيذه منه أما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا
أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه
على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد
ثبتت نظراً إلى إذن الولي وبقاؤه ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين

وإنما قيد به لأنه إذا أقر المشتري بدينهم وصدقهم في دعوى الدين كان للغرماء أن يردوا البيع بلا خلاف كفاية نهايه

وعلى الغرماء البينة فإن أقام الغرماء البينة على أنه كان أذن له في التجارة حتى بيع في الدين لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً نهايه

١٢ اصح

واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشرا دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضا والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع

قال ومن غصب شيا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر

قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك

قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم باختلاف الاماكن

فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض وهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة

قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسالة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك

قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والبائع لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يتصدق

الحواشي:

ولاية الاب يستفاد بها ولاية التصرف في العين والمال ... ومن الاب وفائدة هذا التقييد انه يصير ماذونا باذن القاضي

لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا مع بقاء اثر فعله

اثم مرفوع عن العبد حالة الخطأ لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وانما الاثم ... منه

يجوز ان يريد باخذه سرقة ولكن اوجال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ عليه ... او هو قاصد للعب وهو يريد ان يحمل ذلك لغيظه

لانه ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وان كان منقولا يضمن ... منه

وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب
بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي أكثر نسخ المختصر وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق
أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب
وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب
وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد
عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن
فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات
لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربوا قال ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه
وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار
لأبي يوسف رح أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن
المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين
بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول
فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه
ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان
لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرف إلى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله
إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا ومن غصب ألفا
فاشترى بها جارية فباعها بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله
أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح
عندهما خلافا لأبي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند
الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما
يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة
إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها أما إذا أشار إليها ونقد من
غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال

قال الكرخي رح لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق
الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال
وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وإن اشترى بالألف
جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا
لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس فصل فيما يتغير بفعل الغاصب وإذا تغيرت العين
المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن
غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا
أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه
النقصان عندنا لأنه يؤدي إلى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن أبي يوسف
رح أنه يزول ملكه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته وللشافعي رح أن
العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها
في طاحونة فطحنت ولا يعتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار
كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها
ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم
وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي
هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث أنه محظور بل من حيث أنه إحداث
الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول
المذكورة وتتفرع عليها غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها
استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة
رضي الله عنه رواه الفقيه أبو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى
أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية
بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك
وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب
فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك
كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل
فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء

أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف
إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع
فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه
من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال
ومن غصب فضة أو ذهبا فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها
عنها عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره
وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمفاوضة
يصلح ولذلك له أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي
الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال
من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لا قيمة لها
عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها
ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قد
ذكرناه وآخرنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر
المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر رحمهما الله
إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجة أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب
يرد ذلك وهو الأصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها
وسلمها له وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدها هذا هو ظاهر
الرواية ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر و
النسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه
والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقا كثيرا
يبطل عامة منفعته فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه
قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان

النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث إن العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة
الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت
به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا والفائت فيه بعض المنافع قال ومن غصب أرضا فغرس فيها
أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك
صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك
من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه فإن كانت
الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونا
له لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر
يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم
وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن
غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه
قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد
الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لأن التمييز ممكن بخلاف السمن
في السويق لأن التمييز متعذر ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب
الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجة ينتهي فيها لأن النقض له بعد النقض أما
الصبغ يتلاشى وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ
ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة رحمه الله في أصل المسألة
وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه
لأنه لما امتنع التملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع
ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير
أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال
في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد
منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل

ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة
وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كان قيمته ثلاثين
درهما فرجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت
الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ فصل
ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها
لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل
بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه
غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف
القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة
الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة
اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم
رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين
وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية
وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه تم رضاه حيث لم يعط ما
يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
نفذ بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه
ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة
البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها
او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة متصلة
كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في
الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات
اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على
هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظا

وثمرة الاختلاف تظهر في ملك الكسب وفي نفوذ البيع وفي وجوب الكفن على الغاصب فانه لا يملكه عنده فيكون الكفن عليه لانه مات على ملكه وعندنا على العكس

لانه رضي المالك بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر ولم يدع الزيادة كا

يعني ان المالك رضي له بهذا القدر حيث لم يدع الزيادة والرضا لزوم التمليك كرماني

الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال
في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها
اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع
بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو
ضمان جناية بخلاف الغصب لان ضمان محل ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة
فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت
الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد
او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجرة غيره
او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما
اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع
وكذا اذا ماتت الام تخرج على هذا ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه
غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد
خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء
ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب
النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها وهي حبلى
فماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن في الامة ايضا لان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك
وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت
في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد
فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك ولم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد
وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن

يعني ضمن الغاصب لان الجارية دخلت في ضمانه بجميع اجزائها والجزء ينجبر بالكل منه

اضناه التعليم صح

بالغصب لسبق ضمان الغصب فعدم الرد في فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم
وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب
في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع
اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك
الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض
لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت
هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود
العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض
اجزاء العين فصل في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن
وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لم يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف
اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا
في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان
ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم
وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف
مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما
الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه
اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكه وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي
لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية
اذا كان لمسلم لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها
او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد
الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه
الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية

المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب
وكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه
ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب
ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل
ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه
ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك المالك وهو مال
متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه
باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك
ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار
وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف
الجنس اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة
في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة
لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان
حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه
فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك
والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف
الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا ولو كان
قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك
لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة
رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
وهو على الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا
وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول
وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا
عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب

ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعنى
هذا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وضمنه قيمته على ما قيل
في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في دبغ الجلد
ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رح انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء
عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله
ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس
الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح اخذه
المالك في الوجه الاول بغير شيء ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره
وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه
اقوال المشايخ رحمهم الله وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا او مزمارا او دفا او اهراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء
جائز وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ولا يجوز بيعها
وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي
يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على
قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ
وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان في التضمين
والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل
آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله
انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار
كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم
وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى
الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية
المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب
القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل
لان المسلم ممنوع عن تمليك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على

الاستهلاك ... تعذر رد العين الى عين حقه وقد صح

مع

... ليس باستهلاك ...

مع

مع

على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب
ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة
رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة
متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب كتاب الشفعة
الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار
الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب
والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار
احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام
الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته
وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم واذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك
المال على الغير من غير رضا وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان
مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل
اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد
الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو
مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه
بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره
واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك
في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال
بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق
الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة يصلح مرجحا قال
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه
مقدم قال وان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من
الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة
اخرى وعن ابي يوسف رح انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى
لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا انه للشريك

عنده وعندهما صح

الخليط ... ولا فرق اذا لم يكن الخليط والشريك ...

وذلك لان الترجيح ابدا ...

حق التقدم فاذا استتم كان لمن له بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك
في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو
مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف
رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا
حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص
ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على
ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا
فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر
منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع
شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير
شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار
جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف
الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها
لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال
الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل
لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات
ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على
عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت
ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في
يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا
النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل
القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار

لان لاهل السفلى حق المرور في ... حتى لو بيعت ضيعة على الاصغر يكون الشفعة لاهله لا غير ولو بيعت على الاعلى يكون الشفعة لاهلهما

الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع
اذا اقر البايع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب
المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك
رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد
قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم
فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة
هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت
دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة
الاولى ويبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب
بعقد البيع بيان انه لا تجب الا بعقد معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى
باب طلب الشفعة والخصومة فيها واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه
ذلك على المطالبة لان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها
كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة
لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره
بطلت الشفعة وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه
ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما ثبت له
خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول
ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من
جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه
على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن
ويرغب في مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد
بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة
كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد
عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكر

اي حق الشفعة لان البايع تصرف في ملك نفسه لنقل الى غيره وانما له حق التملك لدفع ضرر موهوم فضعف الحق فكان ثابتا على المواثبة ... منطقه

قوله كما في الرجوع في الهبة بعد ان الهبة الملك للموهوب له فلا ينتقل الى الواهب الا بالتسليم الموهوب الى الواهب او بقضاء القاضي كذا في كرماني

اي يطلب فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده احد ... كفاية

المراد منها ان الطلب ... حقيقة المواثبة فانها ... الوثبة

فان له الخيار ما دام في مجلسها ... ولان الشرع اوجب له حق التملك بدل ... كما اوجب ... ايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله نهاية

بالأمة وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده لأنه ليس فيه إلزام
حكم وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم
والثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا
ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك
إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس
ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده معناه لم يسلم إلى المشتري أو على المبتاع
أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن
للأول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به فإن
سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما إذ لا يد له ولا ملك
فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا
شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن
أبي يوسف رح أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم
والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى
قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رح وهو رواية عن أبي يوسف
وقال محمد رح إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه إذا تركها
من غير عذر وعن أبي يوسف رح أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته
لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على إعراضه وتسليمه وجه
قول محمد رح أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبدا يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف
حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان
وجه قول أبي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط
إلا بإسقاطه وهو التصريح به كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان
غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض
لم تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا
قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي
المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل فلا
تكفي لإثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه ويسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى
عليه
عن موضع الدار وحدودها لأنه ادعى حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا

وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفيعها
بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار
التي يشفع بها أيضا وقد بيناه في كتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فإن عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما تعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع
لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فإن نكل
أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل
القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة لأن
الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فإن عجز عنها استحلف المشتري
بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على
الحاصل والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله
تعالى وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف
على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي
فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد رح أنه
لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رح لأن الشفيع عسى
يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر
أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط إحضاره وإذا قضى
بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رح أيضا لأنه فصل
مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه
لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع
في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر
المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن
الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ
لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهو أن
البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا
الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء على

ولكنه يتحول الصفقة اليه ويصير كأنه اشترى منه ولهذا يرجع العهدة على البائع
بخلاف ما اذا قبضه فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي
الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في
كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو خصم للشفيع لانه
هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى
الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل
على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك
قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع
وكيلا لغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن
راها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط
البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت
فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس
بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه فصل في الاختلاف وان اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند
نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان
يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ
ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع و
الوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع
ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان
الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل
لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه واما العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الشراء من العدو هنالك الا بفسخ الاول
اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام
قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع
بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال

وحقوق العقد ترجع الى العاقد ههنا وهو الوكيل

فان قيل لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما يشترط ثم قلنا انه نائب عن الموكل فكان حضوره كحضور الموكل في الخصومة قبل التسليم بخلاف البائع مع المشتري فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشتري لان البائع ليس بنائب عن المشتري ن خط

اي ان الاخذ بالشفعة من المشتري [illegible] في حقه كاك

البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان كما قال المشتري فقد حط البائع
بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك
على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع
بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله
الاخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها
الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان
قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى
الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري
والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف
وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله
بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو
الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن فصل فيما يؤخذ به المشفوع واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط
البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع
بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد
بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري البائع لم تلزم الزيادة الشفيع
لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان
فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان
له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع
بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال
وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن
كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع
كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال واذا باع
بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها
وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا
وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف

اي الحق الذي تعلق بالبيع بما قال البائع من مقدار الثمن لانه لو كان [illegible] الثمن كان البائع اجنبيا من البيع لان هذا الكلام [illegible] تسليم الدار الى المشتري [illegible]

اي ولو كان الشفيع اخذها ثم حط البائع عن المشتري [illegible] فانه يحط ذلك عن الشفيع ايضا [illegible]

اي وليس له ان يأخذها [illegible]

ولان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن فصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذ من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف الآخر رح لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي له بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تملك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا والله اعلم

فصل واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق

به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رح انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق بعض الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فشابه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه

فلا يأخذه قال في الكتاب فإن جدّه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال
رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الأول لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء
من الثمن أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا
عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن باب ما يجب فيه الشفعة
وما لا يجب قال الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله
لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لضرر مؤنة القسمة وهذا
لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قول النبي عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع
إلى غير ذلك من العمومات ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر
سوء الجوار على ما مر وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى
والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة
إلا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك رح في إيجابها في السفن ولأن الشفعة إنما
وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في
العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت
دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو
حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه
بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولأنهما
يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا قال
وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع
فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال ولا شفعة
في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح
بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال
بالمال لما بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع
وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة
عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه
لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه
لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بالعقد

بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة
ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر
ثم فرض لها الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها
بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة
في جميع الدار عند أبي حنيفة رح وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو
يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة
في الأصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى إن المضارب
إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
أو يصالح عليها بإنكار فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه
هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها لأنه
إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده وهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح
عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر
صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما استفاده بالصلح
فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة
في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال
ولا شفعة في هبة لما ذكرنا إلا أن يكون بعوض مشروط لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض
وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة
بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه
أثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لأنه يمنع
زوال الملك عن البائع فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة لأنه زال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع
بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت
دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في
التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده
وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل

خيار باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف
بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم
زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع
الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري
في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه فان سقط حق الفسخ
وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم
البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعد الحكم لان
بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذ بالشفعة
على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع
ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية
على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة
فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او عيب
بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة
في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء
او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد
قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهي مبادلة المال بالمال
بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل
وان كان بغير قضاء على ما عرف في الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح
الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت
في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه
بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة باب ما يبطل به الشفعة واذا ترك الشفيع
الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب
وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك اذا اشهد

ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه
فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق
الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه
ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط
وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق
والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت
العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة
ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف
في موضعه واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه
قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات
بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك
للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء
شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق
ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي
او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا
ينقض تصرفه في حياته واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة
بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول
به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا
بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال وكيل
البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة
والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او اشتري له فله الشفعة لان الاول
باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ
بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا
اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان
البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري واذا قيل للشفيع

انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه
انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني
اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها
بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال
زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا
قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم
لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم
لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم
في ابعاضه والله اعلم فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد
الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار
وسلمه اليه لما بينا وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار
في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك
فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد
آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة
فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع
بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير
ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح ويكره عند محمد رح لان الشفعة
انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه
منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل
متفرقة قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم
وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض
تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع
مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا
ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته

حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد
القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان
العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة
والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض
ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما
ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف
الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري
لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر ومن باع دارا وله عبد ماذون
عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ
بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له وتسليم الاب والوصي
الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله
وهو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي
فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة
وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده
ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان
تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين
النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه
وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر
من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح
بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة
كثيرة فعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه

كتاب القسمة القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى
المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا والإفراز هو الظاهر في المكيلات
والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة
الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة إلا أنها
إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى
الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا
لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن
الحق لهم قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس
بغير أجر لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه
رزق القاضي ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع
لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال
لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لأنه
من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو
بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه
لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا
فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم
عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية على تقدير اشتراكهم وعند
عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر وأجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رح وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر
بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك

المشترك ولأبي حنيفة رح أن الأجر مقابل بالتمييز وإنه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل
التمييز بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل
والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم
دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رح
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر
في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا
أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم لهما
أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في
المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد
إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة
قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ
وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار
ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع
ذلك بإقراره كما في الوارث والوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره
بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ أما العقار محصن بنفسه
ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى
لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وإن
ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على
الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع
الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها
حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رح خاصة
وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك
تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز فإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة
وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين

القسمة لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والأسوة للائتساء وشرعا هو جمع النصيب الشائع في مكان معين ن نهاية

قال أولا أن يجعل كفايته في بيت المال كرزق القاضي ن منظره

أرفق أي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال أرفق بهم من نصب قاسما يقسم بالأجر ن نهاية

قيد به لأنهم لو ادعوا الشراء منه قسم بينهم بإقرارهم إلا اتفاقا ن نهاية كفاية

أي بسبب الميراث أو بسبب الشراء أو غيرهما ن نهاية

وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم
وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصبي ولا بد من إقامة البينة
في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم
مع غيبة أحدهم والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد
عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين
أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح
الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب
أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير
لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما
وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق
في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال
وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن
الواحد لا يصلح مخاصِما ومخاصَما وكذا مقاسِما ومقاسَما بخلاف ما إذا كان الحاضر
اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا
القسمة وأقاما البينة على الإرث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه
وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فصل فيما يقسم
وما لا يقسم قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم
لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع
أحدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب
القليل لم يقسم لأن الأول منتفع به فيعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى
بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه
اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول وإن كان كل واحد يستضر
لقلته لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا
تفويتها وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد

أي ذو اليد قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسمها باعترافهم ن نهاية

أشار إلى قوله إذا كانت جنس واحد أجبر القاضي عند طلب الشركاء ن نهاية

لصغره
لقصور المختصة

لا يمكن التعديل إلا بالتقويم ... والموزون ... والفضة ... ن

فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس
يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة
وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير أو قليل
والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفراد
والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني
لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق
إلا بالقطع ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب
بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض
وذلك جائز وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق
لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات
جنس واحد بخلاف المغنم لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة
ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة
الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح
ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحا إلا أن
يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين دارين لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا
وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا
إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة
المشتركة لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى
نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وله أن الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب

مطلقا نخ

لكنهم لم يذكروا القسمة في العبيد خلاف فإن لا يجوز في اللآلي كان ذلك أولى ن

الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز
التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلف بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا
فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه فعند لو وضع الكتاب اشارة
الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال
عنهما وعن محمد رحمه الله يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه
بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة
او دارا وحانوتا قسم كل واحدة منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل
الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة
منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان
او يبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة فصل في كيفية القسمة وينبغي للقاسم
ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى
يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه
في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
الاخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول
والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا
كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه
مشبعا في كفاية المنتهي وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه
بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكر بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة
لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع
جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم
لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في
القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له
واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يقسم الارض بالمساحة

لما فرغ من بيان ما يقسم احتاج الى بيان كيفية القسمة فيما يقسم والكيفية صفة فصح جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف نهـ

في البعض

بنصيبه

كان

بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان
نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن
محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل
ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل
دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في ملك الاخر او طريق لم يشترط في القسمة
فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب
الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة
لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال
اما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول
كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق
بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار
اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه
امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه
الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا
فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون
التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب
والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم
لتحقيق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم
لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض
باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل
القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما
اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

بان يكون بيت طريقه في ملك الآخر ومسيله في ملك الآخر لم يذكر الحقوق ن ش

ثم المراد من ذكر الحقوق مطلقا بان قال بكل حق هو لها او قال بطريقه وشربه ومسيله فانه ... هذه الحقوق مع وجوه الاباحة نهـ

قال وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوّم كل واحد على حدة
وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال أبو حنيفة وأبو يوسف
رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد رح أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه
بئرا أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان
إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه
ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية
القسمة بالذرع قال أبو حنيفة رضي الله عنه ذراع من سفل بذراعين من علو وقال
أبو يوسف رح ذراع بذراع قيل أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أو بلده
في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى
وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن منفعة السفل تربو على
منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء
السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه
البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولأبي يوسف رح أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان
متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله
أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة
والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة
رح في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون ذراعا
من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلثون وثلث من السفل
ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت
مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد
من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله
فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف
العلو فيجعل بمقابلته وتفسير قول أبي يوسف رح أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا
من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد لأن العلو
والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت

السفل مشترك بين رجلين لا علو عليه والعلو لآخر (كفاية)

تربو أي تزيد

فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة (ن ش)

أي المشتمل على السفل والعلو (ن س)

هذا بيان تقابل البيت الكامل والسفل المجرد (ن ه)

شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف رح أولا وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف
قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيره سواء لمحمد رحمه الله أنهما شهدا على
فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما
لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما
أنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة
عليه قال الطحاوي رح إذا اقتسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه
مال بعض المشايخ رحمهم الله لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت
شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة
إلى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز
وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل
لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر
يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان
منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا
بحجة فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب
الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة
فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه
وإليه أشار من بعد وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول
قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر وإن قال أصابني إلى موضع
كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف
في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم
لم يلتفت إليه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي
إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد بالعدل

بخلاف أنه لا يلزم حكما فلا يكون مقصودا فلا يكون الشهادة عليه من حيث المعنى وإنما يكون على القبض والاستيفاء إذ الشركة هو الملزم وهو فعل الغير (ن ش)

لأن الظاهر عدم وقوع الغلط فلذلك لا يصدق من ادعى من الغلط إلا بالبينة (ن ه)

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما
اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ
ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل
الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وان اقاما البينة
يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة
قضي له وان لم يقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع قال واذا استحق بعض
نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ورجع بحصة ذلك
في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق
بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد
رح وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح
لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون
رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق
جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته
في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء
بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما
لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز
فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين
لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هاهنا لا ضرر
بالمستحق فافترقا وصورة المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر
الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض
القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه
لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما بينا وسقط خياره ببيع

بان يقول احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبي وقال الآخر هذا لي قد دخل في نصيب صاحبي ن منظ

في الدار والدار مشتركة بين ثلثة اذا اقتسما اثنان فهم كانت باطلة كذا ط

بيع البعض وعند ابي يوسف رح ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد
مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط رد القسمة لانه يمنع وقوع الملك
للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة
ما بقي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت
القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه
لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى
عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون
المقسوم مشتركا فصل في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ
يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة
يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما
القسمة تقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو
تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا
سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا
الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد
ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع
على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا
البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول
متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما
يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما
اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية
نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عند

هما

احتراز عما اذا كان في التركة المستغرقة بالدين عبد هو ذو رحم محرم للوارث لا يعتق ن نهـ

احتراز عما في التركة فان كنت اشتريت الميت حال حياته ن نهـ
في غرض فامل الشيوع بين غير قسمة المتاع ن س

هذا القيد للاحتراز عما ذهب اليه ابو علي الشاشي رح قال عنده اذا تهايئا في السكنى لم يشترط الاجارة ان لكل واحد منهما لا يملك الاجارة منفردة ن نهـ

لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وعن
ابي حنيفة رضي الله عنه لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه انه لا يجري الجبر فيه عنده
والاصح عنه انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ
فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك
بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على ان يسكن
كل منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما
كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رضه انه لا يجوز
التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف
قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان
التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على
الركوب عند ابي حنيفة رضه وعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة الاعيان وله ان الاستعمال
يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب
في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز
في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز وجه
الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر
بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة
ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة
ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في
نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره
زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر
الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق
ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا

بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث
الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة
والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما
والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على
ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان
المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة
عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض
الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز
اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل
والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع
الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في
تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة
ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول
او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة
بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج
شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض
وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر
لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس
اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة
لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو
لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على

لان التهايؤ وقع في المنافع ثم تحرى مراعاة المعادلة فيها وفي التفاوت في الغلة لا يتيقن فوت المعادلة في المنافع فان التفاوت قد يكون من جهة الغلة في البدل عند العقد

اي تحصيل الزوائد انما تحصيل الزيادة بالعلف والسقي

منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها والرابع بيان
من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط وما
لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل
حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في
الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما قال وهي عندهما على
أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة
لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط وإن كانت
الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض
معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة وإن كانت الأرض والبقر
والبذر لواحد والعمل من آخر جازت لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما
إذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين بمره وإن كانت الأرض
والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن
أبي يوسف رح أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط
وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض
لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق
الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانست
المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما
أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر وأنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين
البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز
أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب
البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض
ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة
معلومة لما بينا وأن يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فإن شرطا
لأحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا
القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة وكذا إذا شرطا

المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لأنها على ثمانية أوجه ولا الفاسدة لأنها كذلك على ثمانية أوجه ولا مطلق المزارعة لأنها على ستة عشر وجها كفاية

فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل جاز أن يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر كذا

أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لأنه يؤدي
إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار
كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما بخلاف
ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه
معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة
الباقي والأرض عشرية قال وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي
معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك
إلى قطع الشركة لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط
لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى وكذا إذا شرط
لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج
إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه
يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب
نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود
ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد
هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا
اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم
بشرط الأصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لأنه حكم العقد
وإن شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا
التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة
في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت
لأن أجر المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال وإذا فسدت
فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت
فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل
أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح له أجر مثله بالغا ما بلغ
لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الإجارات

جمع الماذيانات وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول ... فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الأرض ... كفاية

من قبل الأرض

وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم واما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع

اي قبل القاء البذر اما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة لا يكون لازما من جانبه الا بعد القاء البذر ن حو

لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد تقوم بجزء من الخارج ولا خارج بعد ش

الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان

ماكان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وماكان منه بعد
الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما
على ما بيناه وماكان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ماكان قبل
ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وماكان بعد الادراك
كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه
لا عرف فيه وماكان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط
الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل
القصيل او جد التمر او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما
على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى
جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة
وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في
هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة
لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد
فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول
في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان
اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم
وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة
ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف
كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع
اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت
بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة
لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في
المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة واذا سميا في المعاملة وقتا يعلم انه
لا تخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا
مدة قد تبلغ الثمر فيها وقد تتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود

ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر
فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا
علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب آفة فلا يتبين فساد
المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة في النخل
والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز
الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان
كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان
يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان
يترك العمل من غير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمنا قال
دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز
وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وادرك لم يجز لان العامل
انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا
بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل واذا فسدت
المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة
اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها
فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل
ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد
دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة
الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين
ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له
الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا
عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه
بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي بيناها وان ماتا جميعا
فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار
على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة
العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا

واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل
ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف
المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة
في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها وتفسخ بالاعذار
لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه
فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء
زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون
عذرا فيه روايتان وتأويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا
من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون
الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس
قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها
طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحها. كتاب الذبائح الذكاة شرط
حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما
يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله
عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين
واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول
لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل
في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب
الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى
كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة
المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة

غنه

لانه استاجره ليجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وبآلاته فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا ك
...ي تخريج هذه المسئلة وهو قوله من دفع ارضا بيضاء الى ... ذكر ... الكرخي ...

او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان التسمية على
الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والتغلبي والعربي
لان الشرط قيام الملة على ما مر ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد
فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر
على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو
عليه عند الذبح لا ما قبله والوثني لانه لا يعتقد الملة والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل
ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم
يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن
ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع
اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم وان ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين
وقال مالك رح لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي
وهذا القول من الشافعي رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر
رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل بخلاف
متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية
عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع
له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كان
شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا
فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم
يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي
بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رح يحتج
بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى

وانما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه كان يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز ... القلفة الجلدة التي يقطعها الختان من رأس الذكر ومن ذلك الاقلف والاقلف ن ش

فيكون حراما لان هذه قضية مستقاة من جهة الشرع بنتهي الى انها صاحب الشرع وقد انتهى الى ذبيحة غير المسلم والكتابي لا يجوز اكلها فينتهي اليه ذلك لانه لا يعتقد الذبيحة ... فضلا ... ن منظ

لان عليا وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم اتفقوا على حرمة متروك التسمية عامدا الا ان ابن عمر يقول بحرمة متروك التسمية ناسيا فكان ذلك اجماعا من الصحابة ومن بعدهم ... ن منظ هم

ع

كر

لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو
اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة
في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه
محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهو
على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور
له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل
يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى
الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم
رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل
ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل
من فلان وهذه ثلاث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم
الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة
لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة
المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم
الذبيحة لانه اهل لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان
يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه
السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود جردوا التسمية
حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او
سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح
الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمة الله دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح
وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين
ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم
الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان

انه قال بالرفع يحل وان قال بالخفض لا يحل
قال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو
وقال بعضهم على ما روي عن محمد
رح انه لا يرى الخطا في النحو معتبرا
في باب الصلوة وكرماني

والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث
فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلاث الا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر
ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل
الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد
الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب
مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع
نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم
قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح
اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع
الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها
اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف
رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد
منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى
النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام
واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار
الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس
او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب
الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون
باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح ميتة لقوله عليه السلام
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع
فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة
جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير
المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي
ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة
والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص

يعني انه لو قطع النصف من كل واحد من الاربعة
لا يحل ترجيحا لجانب الحرمة على جانب
الحل عند الاستواء بخلاف ما اذا قطع
الاكثر من كل فرد لرجحان الموجب للحل
ن ش

ع بالتخفيف بصيغة الامر اي كل ما يحقق
في حقه انهار الدم وافرى الاوداج
ن نهاية

مى

والظفر القائم صح

محمد رح في الجامع الصغير على انهايته لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط
في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل قال ويستحب ان يحد
الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها
ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال
لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين
النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ
والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى
ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب فكل ذلك مكروه وهذا لان في
جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل
ان ما فيه زيادة الالم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجرها برجلها
الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم
فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او
بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال وان ذبح الشاة من قفاها
فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم
من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق
لم توكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها قال وما استانس من الصيد فذكوته
الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند
العجز عن ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى
من النعم في بير وقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا تحل بذكوة الاضطرار
في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل
كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد
رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر
لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير
لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله

النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفم لغة ... نهاية ... الكبير كفاية

لانه قدر على ذكوة الاختيار فلا يحل بذكوة الاضطرار لانها لا تزيل كل الدم وانما يصار اليها عند العجز عن ذكوة الاختيار وقد فات العجز ... كذا

قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم
الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق
فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع
الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد
في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن
بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي
لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى
يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة له
عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها
وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح
الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التمييز بين الدم و
اللحم لا يحصل بجرح الام اذ ليس هو سبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف
الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند
التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يبطل باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحر ولد رقيق والله اعلم فصل فيما يحل اكله وما لا يحل ولا يجوز اكل
ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب
من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف
اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل
مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو
شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث
حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من
سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس
بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل
الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه
الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع
والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب

والكراهة لمعنى في غير الذكاة لا لمعنى في الذكوة وهو احتمال معنى الذكوة وهو انهار الدم فلا تمنع الاباحة ... منه

من تفسير النسفي وهذا الخبر مشهور تلقته العلماء بالقبول فيجوز به الزيادة على النص وهو قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي الاية ... منه

فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله وهو حجة على
الشافعي رح في إباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا
لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها قال
ولا يجوز أكل لحوم الحمر الأهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم
الحمر الأهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رح وهو قول مالك رح وقال
أبو يوسف رح ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال
نهى رسول الله عليه السلام عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحم الخيل يوم خيبر ولأبي حنيفة رح قوله
تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها
والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله
احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر
رضي الله عنه معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة
تحريم وقيل كراهة تنزيه والأول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه
تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي
إليه مشويا وأمر أصحابه بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي
قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما
الآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكاة لا تؤثر في جميع
ذلك لأنه لا تؤثر في إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل
وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر
شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير
الأكل قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت
غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك وقال
مالك وجماعة من أهل العلم رحمهم الله بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان
وعن الشافعي رح أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى
أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه

ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه
السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول
الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور
فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة
على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان
أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره أكل الطافي
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روينا ولأن ميتة البحر موصوفة
بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب الماء عنه فكلوا وما
لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا
بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رحمه الله
لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم
بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه
عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته
ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه
بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ
وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها
في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المتبحر عليها منها إذا قطع بعضها فمات
يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي
الموت بالحر والبرد روايتان كتاب الأضحية قال الأضحية واجبة على كل حر
مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار أما الوجوب فقول أبي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنها سنة ذكره
في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي رح أن على قول أبي حنيفة رحمه الله
واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ
رحمهم الله الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ
من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة
على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار

كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا
ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولأنها قربة يضاف إليها وقتها يقال
يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب
هو المفضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق
على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالإرادة
فيما روي والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك
والمالك هو الحر وبالإسلام لكونها قربة وبالإقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط
السعة ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الأضحى
لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب
عليه على ما بينا وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية
الحسن عن أبي حنيفة رح وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر
لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة
والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان
يجب عنه صدقة الفطر وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف
في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة
تتأدى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع فلا تجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل
كله والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد
لأن الإراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه
قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة
فبقي على أصل القياس وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رح في الأصل لأنه لما جاز
عن السبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا
كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض
وسنبينه إن شاء الله تعالى وقال مالك رح تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر
من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل

اذا كانوا يريدون بها وجه الله تعالى وإن اختلفت جهات القرب اذ اختلفت قال زفر رح اذا اختلفت جهات القرب لا يجوز ن منظ

أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لأن اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف
السبع تبعا له وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ولو اقتسموا
جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى
بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم أشرك فيها ستة معه أجزأه استحسانا وفي القياس
لا يجزيه وهو قول زفر رح لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته
وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما
يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية
لا يمتنع البيع والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة
الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة رح أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال
وليس على الفقير والمسافر أضحية لما بينا وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان
إذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا أضحية قال
ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى
يصلي الإمام العيد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر والأصل فيه قوله عليه السلام
من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة
المسلمين وقال عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية غير أن هذا الشرط
في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون أهل السواد ولأن التأخير لاحتمال التشاغل عن
الصلاة فلا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك و
الشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الإمام ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو على العكس لا يجوز إلا بعد
الصلوة وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحي بها كما
طلع الفجر وهذا لأنها تشبه الزكوة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر
كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها
بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى
بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا
بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في

اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الى اخره ن نهـ

لان الحديث ورد بالاضحية بعد الصلاة والصلاة في حق المصري فقط ن منظ

ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام
ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر رضي وابن عباس رضي الله عنهم
انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير
وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان
فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه
يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي
باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه
ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف
والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا
وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمتها اشترى او لم يشتر لانها واجبة على
الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا
له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء
والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في
الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها فان بقي الاكثر من الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا
واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع
من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزه لان
الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث
لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما مر في الصلوة
وهو اختيار الفقيه ابي الليث رح وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة
رح فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي

وروي عن ابي يوسف انه قال الايام المعلومات التشريق والمعدودات ايام النحر يوم النحر من المعدودات وليس من المعلومات واخر ايام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات ن سط اد صح

فكان بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل ن ك

قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف رح ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف
قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن
لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه
السلام ضحى بكبشين املحين موجوءين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت
تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة
جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي
التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز
فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو
اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه
هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين وعلى الفقير بشرائه
بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانها كما في نصاب الزكوة وعن هذا
الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير
ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر
ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها
اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته
ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل
بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل
التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله
الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا
الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال النبي عليه السلام نعمت الاضحية

والثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين والجذع من الضأن ابن ستة اشهر ن

ولا يجوز بالاضحية من الابل مجنونة ولا قرن له واذا ضاق بها الجماعة فالمقصود اللحم ادلى ن ش

وهي التي كسر اسنانها من صعب بعد ضرب وجهها فاذا بقي مقدم ... ن ش

الجذع من الضأن قالوا وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على
الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء
وذكر الزعفراني رحمه الله أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن
البقر ابن سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه
والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية حتى إذا
نزا ذئب على شاة يضحى بالولد قال وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا
بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وإن كان
شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم ووجهه أن البقرة
تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها
كالأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط
في الوجه الأول لأن التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أن النبي عليه السلام ضحى
عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها
وكذا قصد اللحم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة والإراقة لا تتجزأ في حق
القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس
أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره
كالإعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف
الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز
لما بينا أنه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزيهم لأنه
لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل
من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم
عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غني جاز
أن يؤكله غنيا أيضا ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث لأن الجهات ثلاث
الأكل والادخار لما روينا والإطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر
فانقسم عليها أثلاثا قال ويتصدق بجلدها لأنه جزء منها أو يعمل منه آلة
تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لأن الانتفاع به غير محرم
ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل
ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل

وهو قوله إنه عليه السلام يضحي بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ذكره ... اختيار

ولا بأس أن يشتري بجلد الأضحية متاعا من متاع البيت لأنه يجوز أن يتخذ منه متاعا فكذا يجوز أن يشتري به ... ق منظم

كالخل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم وما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق
بثمنه لأن القربة انتقلت إلى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد
كراهة البيع أما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي أجر الجزار
من الأضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط أجر
الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع ويكره أن يجز
صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف
ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره أن يحلب لبنها فينتفع
كما في الصوف قال والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إذا كان يحسن الذبح وإن كان لا يحسنه
فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقول النبي
عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من
دمها كل ذنب قال ويكره أن يذبحها الكتابي لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره
فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي
لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا قال وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره
بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الأضحية في القياس وهو قول
زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح
شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان
أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها
في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح
آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها لعوارض
فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فإن قيل يفوته أمر مستحب وهو أن
يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان إحراز صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل
استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته
فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر
على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع
الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار

الذبح والانتفاع لعدم تعلق القربة ... كالأكل ق ك

ولا يكره ذبح المالك لأن ... بنفسه أو فعل نائبه ... ولم يوجد ق منظم

فذبحه او ساق الدابة فعطبت او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او
حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود
الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره
بغير اذنه صريحا وهي خلافية زفر بعينها وتاتي فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا
فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا
قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز
وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن
صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته
وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم
ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق
الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك الا
بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي
عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ
الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على
فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها
وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل وتاويل قول
ابي يوسف رح انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة
والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب
والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام
في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة
رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله عليه السلام
واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي
المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده
التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب
والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة
وغيرها لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور و
العقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا

قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال
ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج والجلوس
على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه
يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع
الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروى مع ابي حنيفة ويروى
مع ابي يوسف رحمهما الله وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا فلا بأس وكذا الاختلاف في اللجام والركاب
والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا
الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان
مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع
الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره
كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل
اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره
عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي
والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية
والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء
وكذلك لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة
في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية
لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت
باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق
ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين
اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد
فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج
اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة

شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس
له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة
ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول
المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء
به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول
العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه
فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر
مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان
اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان
اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم واما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال
الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام
فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا
مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال النبي عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد
عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان
حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى
فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب
المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان
ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد
الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر
لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي
كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء
بالمحرم يكون فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي
عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما
حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله
عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان

ان كيس لا يتوضأ بذلك الماء وكذا اذا كان المخبر امرأة او امة كذا في الاخبار الآثار الى قول النبي عليه السلام انكم تاخذون ثلثي دينكم من عائشة رضي الله عنها

لانه ربما يعتقد البعض الحل حين رآه ساكتا لا يمنع ذلك

محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاث
اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع
اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير
قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد
رح وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ رحمهم الله
وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة
والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي
انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله
عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام وكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي رح انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح
لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك
والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما
سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون
بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير
ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة
ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من
جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا
بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول
الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى
على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق
في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب

الحل بالكسر الحلال وهو ضد الحرام والحرام ضد الحلال وكذلك الحرم بالكسر صحاح

واما لبس ما علمه حرير او مكفوف بالحرير فلا بأس به ... حرير مطلق عند عامة العلماء خلافا لبعض الناس لعموم النهي مطلع

في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي
الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة
لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن
كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته
الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال ولا باس بمسمار الذهب
يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له
قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما
ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي
عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة
وقد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع
في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير
لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها
قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها
الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره هو الصحيح وانما يكره اذا كان
عن تجبر وتكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه
الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان
النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان والله اعلم فصل في الوطي والنظر واللمس قال ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها
قال علي وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف
ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة
وعن ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة

عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا
خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح
اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها
ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر
لان فيه بلوى والمحرم قول النبي عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع
على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا
باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله
ابن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا
اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها
لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها
لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد اداء الشهادة
عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس
بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم
عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف
حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها
لقول النبي عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما ولان المقصود
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها
للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل
فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة و
الختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض
وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض قال وينظر
الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقول النبي عليه السلام
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا

ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رح والركبة
عورة خلافا لما قاله الشافعي رح والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري
رح معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله
عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله
عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم و
المبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف
منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه
وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس
لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل
اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب
والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى
محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها
انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل
اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن
غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين
ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا
فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق
في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود
المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت
الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه
بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في
النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك
الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى
الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احد

كم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون
ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه و
الراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل
فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع
الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم
لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بموضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب
مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز
المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود
المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال
ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة
للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة
متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله
عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش
وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن
لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم
منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان
والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها
من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امن الشهوة فان خاف
على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب
بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة
عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر
الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها
وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب
كحال المراة داخله في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة

علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى
بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رح انه يباح الا ما دون السرة الى الركبة
لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة
ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة
رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل
لا يباح لعدم الضرورة في الاركاب والانزال واعتبر محمد رح في الاصل الضرورة
فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء
وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل
قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح
المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء
يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض
في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن
محمد رح انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد
لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله
عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق
وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم
كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر
من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد
قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من
غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في
الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن
وغيرهما رحمهم الله لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته
بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة
وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص
حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا
يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن
بحيضة فاذا وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة
الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب
على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده
دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن
من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا
فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب
الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا
يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا
كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم
لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها
في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل
القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان السبب
استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى بالحاصل قبل الاجازة
في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد
قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى
الباقي لان السبب قد تم الان والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزى بالحيضة التي حاضت
بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية
او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل
والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة
او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب
متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى
واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال
وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث

لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق
في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه
ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح انه لا يحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه
لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع
الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل كما في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها
وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد رح اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رح
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف
فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد رح فيما اذا قربها والحيلة اذا
لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها
البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها
ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها
حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت
معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام
حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم
لان الحيض يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددنا
لقصور مدتها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن
حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها
ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح
او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح
للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة
الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له

والاول اصح وهو ان يتركها مدة لو كانت حبلى ظهر ذلك كما في شهرين او ثلاثة لان نصب المقادير بالراي لا يكون وليس في ذلك نص

وبعدما طلقها وان زال الفراش ولكن الحل يثبت بزوال الفراش بعد السبب الخ ن ك

ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة
او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك
بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به
وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت
حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها
لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا
فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا
بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة
الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي
ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة
لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما
ما روي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه
محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة
فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام
من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه فصل في البيع قال ولا باس ببيع السرقين
ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه
العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط
هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغيره في الصحيح
بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فراى آخر يبيعها وقال وكلني
صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد
في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها
لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له
ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان

والصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبلون اطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم ن دو مط

في الكراهية

السرقين بكسر معرب لان لسرقي كلامهم فعيل بالفتح فيقال سرقين ن صح

ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله
وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان
كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعرف انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه
وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل
الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها
يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا
او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان
اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي
لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب
مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري
انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع
طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها
وكذا اذا قالت المطلقة ثلاثا انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت
عدتي فلا بأس ان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني
لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها
مرتدا او اخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا
وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع
سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد
على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة
فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع
طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف
يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل انها له فلما كبرت لقيها
رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد
بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين
ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل
لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع

فان كان المخبر ثقة ... [illegible]
وانتهى مسل انه لم يقبل خبر الواحد في موضع ... [illegible]

من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل
الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد
يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه
السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن
البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة
صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره
وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا
او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب وابو يوسف رح اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رح اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق
الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر
وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة
وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان
قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته
او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه
لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه
يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة
فناء المصر يحرم الاحتكار لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر
العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان
ان يسعر على الناس لقول النبي عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض
لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر

تفسير الاحتكار لغة الاستبداد بالشيء وحبسه يقال احتكر فلان الشيء اذا استبد به وحبسه جمع

اي الاضرار وعدم الاضرار [illegible]

وقال عليه السلام من احتكر الطعام ... [illegible]

بامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه
عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا
للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا
وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من
اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك تعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي
وهذا عند ابي حنيفة رح ظاهر لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم
باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي
على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل
يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره
بيع السلاح ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية
وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية
لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس
به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة
ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل
المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور
شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب
اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا
وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا
حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع
بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا
وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار
كالبناء ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها

حتى يمنع عن سوء حملها لانه ترك [illegible]

كبيع الديباج [illegible]

واذا [illegible]

ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا
يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك
الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان
اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه
ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام
عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس
بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل متفرقة قال ويكره التعشير و
النقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا
المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط
بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك
اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه
من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس
بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في
كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب
المسجد وبهذا يحتج مالك رح والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا
ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم
فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين
عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في
استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم
وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام
ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة
اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام
عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك
وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى
لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح

اي جردوا ما كتب فيه القرآن [illegible] الرواية الاخرى جردوا المصاحف [illegible]

وكذلك ابو سفيان حين كان [illegible] على رسول الله عليه السلام في المسجد الحرام قبل اسلامه [illegible] خصيان جمع خصي [illegible]

لأنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رح لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه
كان من دعائه اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في
الامتناع ويكره أن يقول في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق
على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو لأنه إن قامر
بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام
لهو المؤمن باطل إلا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام وهو محكي عن
الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم
الخنزير ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه
السلام ما ألهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر
لا تسقط لأنه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم
ير أبو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة
دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام
قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة
وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولأن في هذه
الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة
في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا أب
له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة
نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية
لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الظئر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه
كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي
أولى به إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع
محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي
بنفسه إذا كان يعقل لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل

عليا قيل هو شيء يستعمله اليهود روي
رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج
فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل
التي انتم لها عاكفون كاس

قنوت المال جمعه قنوا وقنوة
وقنيته اتخذته لنفسي قنية اي
اصل مال للنسل لا للتجارة ن
مغرب

والولاية والحجر وصار بمنزلة الإنفاق قال ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره
ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لأن الأم تملك إتلاف منافعه
باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب بالضرر
إلا إذا فرغ من العمل لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور
يؤاجر نفسه وقد ذكرناه ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية
وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة
أهل النار فيكره كالإحراق بالنار ولا يكره أن يقيده لأنه سنة المسلمين في السفهاء
وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن إباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة
يريد به التداوي لأن التداوي مباح بالإجماع وقد ورد بإباحته الحديث ولا فرق
بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء
بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لأنه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد
إلى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوس لحق المسلمين
فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي
والمضارب إذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فإن كان شرطا فهو حرام لأنه
استئجار على الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي إذا كان فقيرا فالأفضل
بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده
عن إقامته وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل
الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لأنه إذا
انقطع زمانا يتعذر إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم
بإعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج
يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق
سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في
السنة بعد استعجال نفقة السنة والأصح أنه يجب الرد قال ولا بأس بأن تسافر
الأمة وأم الولد بغير محرم لأن الأجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة
المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها

كتاب إحياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء
عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان

بغير عوض فلان تملك اتلاف منافعه
بعوض الاجارة اولى
ش ك ه

هذا كله اذا كان مال بيت المال حلالا
جمع بحق اما اذا كان ظلما لا يحل
الاخذ كذا قال [illegible]

الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف
له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث لو وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع
الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رح ومعنى العادي ما قدم خرابه
والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق
بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف
مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد
عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع
ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها
حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رح وشمس الائمة
السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان
احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى
ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد
ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه
يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم و
يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه
حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل
الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق
بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء كما نطق به الحديث
اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط
الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض
الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكها الذمي بالاحياء كما يملكها
المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها
ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل
المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود
ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم

كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك
كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين
حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما
يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك
فاذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة واما اذا احياها غيره
قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو
فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض
واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل
التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين
وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا
ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود
الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا
اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة
الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح
والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه
اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر
احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون
من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر
دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح
اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول
الرشا وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير
فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به
ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق
عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن للناضح ومن بئر
الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة

قال وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة
مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع تجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه
الماء ومن موضع تجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هي المكسرة وقد
بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها
وفي أراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول قال
فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به وهذا
لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فإن
احتفر آخر بئرا في حريم الأول فللأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أن يأخذ الثاني فيه قيل
له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية الحفر به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه يؤخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الأولى فلا ضمان
فيه لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما والعذر لأبي حنيفة
أنه يجعل الحفر تحجيرا وهو يسبب منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه وما عطب
في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأول
فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة
دون جانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها
وعن محمد رح أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم له ما لم يظهر
الماء لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الظاهر هو
بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في أرض موات لها
حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه
ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات
أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهرا وإن
كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس في ملك أحد لأن
قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام قال ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له
حريم عند أبي حنيفة رح إلا أن يقيم بينة على ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له مسناة
النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على أن من أحيا نهرا في

ذراع وانه خمسمائة ذراع

أي من الحفر لأن حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان أي ليس لغيره أن يتصرف في ملكه ن منط

وقد صح أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة بجنبها فاختصما إلى النبي عليه السلام فجعل له النبي عليه السلام الحريم خمسة أذرع وأطلق لهما حريما وراء ذلك ن منط كش هذا الحديث كفاية

أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع
به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر وإلى إلقاء
الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن
القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها
إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء
ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق ووجه البناء أن باستحقاق الحريم يثبت اليد
عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر
يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن
الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وله
أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس
والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب
ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذي في يده ما هو
أشبه والمسناة فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك
الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان يستمسك به ماء النهر
فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط
لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر
لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة في
يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رح وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى
طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه
غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما
عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه
فهو من مواضع الخلاف أيضا وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض
عنده وعندهما لصاحب النهر فأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف وقيل
إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده
وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر رح آخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في إلقاء الطين ثم عن أبي يوسف رح أن حريمه مقدار نصف بطن النهر
من كل جانب وعن محمد رحمه مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

وهو قوله وكان القياس أن لا يستحق الحريم لأن عمله في موضع الحفر لا الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ن نهاية

هذا جواب عن قولهما الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء ن نهاية

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه وإذا كان لرجل نهر أو قناة أو بئر
فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم أن
المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي
حتى أن من أراد أن يكري نهراً منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر
كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء
الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق
سقي الأراضي فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهراً ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة ولا يكون
النهر في ملك أحد له ذلك لأنها مباح في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره وإن كان يضر بالعامة
فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت
ضفته فيغرق القرى والأراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي
والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والأصل فيه قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وإنه ينتظم الشرب والشرب خص منه وبقي الباقي
وهو الشفة ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس
في أرضه ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان
وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم وإن أراد أن يسقي بذلك
أرضاً أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة
فيه ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الأواني
وإنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ إلا أنه بقيت
فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه إنسان في موضع يعز
وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر
في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا
الماء في غير ملك أحد وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما أن تعطيه الشفة
أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي والكرخي وقيل ما قاله صحيح فيما
إذا احتفر في أرض مملوكة له أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه لأن الموات
كان مشتركاً والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك
وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع
حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث

يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه وكذا الطعام عند إصابة المخمصة وقيل في البئر
ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير
له والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جدولاً صغيراً وفيما يرد من الإبل
والمواشي كثرة تقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا ترد ماء في كل وقت
فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتباراً بالسقي والمزارع
والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب
في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن
أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بجراره له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه
ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره
وقناته إلا بإذنه نصاً وله أن يمنعه من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت
شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب
النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فإن أذن له
صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه

فصل في كري الأنهار الأنهار ثلثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم
بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك
دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالأول
كريه على السلطان من بيت المال لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف إليه
من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب
فإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم
لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له
من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم أما الثاني فكريه على
أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم
يجبر على كريه دفعاً للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله
عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي
وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم وأما
الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في
الثاني وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع

وقد قال عليه السلام ... الامور ...

وإذا طلب صاحب النهر ... لا يجبر ...

ويجب قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث ...

على الآبي بالنفقة إليه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما
تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم
من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم
جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل
لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي
وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته
كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من
أعلاه ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرنا وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي
عن محمد رحمه الله والأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله وإذا جاوز
الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري
في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على أهل الشفة
من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع [illegible] في الدعوى [illegible]
وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد يبيع الأرض
ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره
فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا
النهر له أو أنه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته
بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب
أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير الشرب وإذا كان نهر بين قوم
واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
على نمط واحد فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه
من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى
يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه
إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم وليس لأحدهم
أن يكري منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر
وشغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها

موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره و
معنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان
يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة
طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم
فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن
ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه
وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه
يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة بالكوى
وكذا إذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء
فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون
له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير
اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موقع القسمة ولو كانت
القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم
يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص
ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت
الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق منه نهرا ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى
بطريق الأولى وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها
في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على حقه وكذا إذا أراد أن يسوق شربه
في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض
الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم
أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق
ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا
لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن
يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق
لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب
فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف
البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز هذه العقود

اما للجهل او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره
واذا بطلت العقود فالوصية باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب
مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة
ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب
في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح انه
يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب
وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا
بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى
قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء فسال من مائها في ارض
رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة
اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى
يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلا المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر
ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان
مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة
واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه
السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل
وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر
استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا
لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق
من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين رح والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني
في حدوث هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد
ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في
الفساد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي
من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ
في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا

ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به
يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا
والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه
انعقد اجماع الامة ولان القليل يدعو الى الكثير وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد
لشاربها اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى
لا يتعدى حكمها الى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة
المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها
نجسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها
لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها
وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها
والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه
ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده
او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن
الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها
لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن
ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان
عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي
الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود
والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها
الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد في القليل في النيء خاصة لما ذكرنا
وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله
هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى
طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي رح انه
مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب
ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر

وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله
رح انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم
لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة
على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي رح وقد بينا المعنى من قبل
الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان
حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من
الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة
ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما
عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا
كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى
ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا يوجد في غيره
وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا
يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب
عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع
طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف
رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع
الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان
بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك
مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد
الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله
تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة رح فلم يحرم كل مسكر ورجع
عن هذا الشرط ايضا قال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا

ثم ان محمدا رح ذكر لفظة الكراهة فيما سوى الخمر لان حرمته ما لم تثبت بدليل قطعي

اي ما سوى ما ذكر وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء والمنصف

يسكر من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد و
الشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله
تعالى قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر رضي الله
عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك
على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب
والرطب والبسر محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين
ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل
لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في
المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا الاصح انه يحد فانه
روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون
عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد
فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو
متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد
او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي
ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن
محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام
ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره
كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها و
السكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته
الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة
والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر

ونبيذ الجمع بين التمر والزبيب او الرطب والبسر ...

وهو قول الفقيه ابي جعفر ... المتخذ من الاصل ... اذا سكر منه

وان اشتد

حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة
حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير
ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون
الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة
رح وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من
غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب
لا يحل ما لم يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب
ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر قبل
ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه
شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا
صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم
للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه
لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم
والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف
فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي
عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر
وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله
يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله
يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت
الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال
الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيه ففي الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من
الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل
ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تكسير
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا

ان في شرب شيء من ذلك بدون السكر اما لاختلاف العلماء في اباحة شربه او لان ثبوت الحرمة للاحتياط وفي الحدود الاحتياط في الدرء ن س

تخليل الخمر مباح بعلاج كالقاء الملح والخل وبغير علاج والخل الحاصل به مباح حلال لان الشافعي رح في العلاج قولا واحدا وفي غير العلاج له قولان ن س

خل يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر فقيل يطهر تبعا
وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا
صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر
والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى
به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال
على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر
فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا
لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر
وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزء الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطبع
من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان
الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر
واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب
ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته الطبخ
ويكره اكل خبز عجن بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه فصل في طبخ العصير والاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي
بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب
ستة دوارق ويبقى الثلاث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه
وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب
عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول
هو الماء والثاني هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا
تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا
والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي
ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الاول يطبخ
حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا
والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه

لان الصبي غير مخاطب والاثم يبتنى على الخطاب ن ك

ولو كان الغالب هو الماء لم يحد بالشرب فكذا اذا كان الغالب الثفل ن ك

الدورق مكيال للشراب وهو معرب الدورق مكيال الشراب يسع فيه اربعة امناء ن س

ثم اهريق بعضه ثم طبخ البقية حتى يذهب ثلثاه فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت انه الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقول النبي عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رح انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة به لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه

قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل ذلك على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة

قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا

قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه

الآية يقتضي حل الاصطياد لغير المحرم وشرط ان لا يكون في الحرم لقوله عليه السلام لا يختلى خلاها الحديث

يعني الكواسب جمع جارحة بهيمة كانت او طائرا من جرح اذا كسب

ان يحتمل الضرب فلا يكتفى به الا من ترك الاكل وان كان للمالك

ان بازيه المعلم ترك صفة في البازي اكتفاء كما في قوله تعالى سرابيل تقيكم الحر

والله أعلم ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد
لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيّنا
في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام
المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو
محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم
لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد
مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل
وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الأصل
لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم وتبدل
الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل
القضاء ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك
ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد ولو شرب الكلب من
دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب
ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصيد من المعلم ثم
قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى
إليه طعاما غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد
والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاة بخلاف ما إذا فعل ذلك
قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها
ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى
ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل
الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه
ولأن نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة
منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله قال وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل
إذ المقصود هو الإباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا إذا تمكن من ذبحه

وإن كان لا يشترط قيام المحل لتبيين الحكم لأن الحرمة حكم المحرم إنما يثبت بدون المحل والأثر لزم تكليف ما لا يطاق ن ماظاهر

حيث يجب عليه العمل بالاجتهاد الثاني دون الأول ن خ

يراد به ما تقدم من قوله وقد يكون حيلة في الاصطياد ن بلي

ذبحه أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل
في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يحل وهو قول الشافعي
لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر
أنه قدر اعتبارا إذ اليد ثبتت في المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا
يمكن اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم
في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما إذا بقي فيه
من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لأنه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو
بهذه الحالة لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت وليس بذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا
وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا إذا
كان يتوهم بقاؤه أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي
اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل هذا
قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا
بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا
ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة
والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى
إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف رحمه الله إذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح
يحل وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت
لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأن اليد
لم تثبت والتمكن من الذبح لم يوجد وإن أدركه فذكاه حل لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على
ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ
غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار ولنا
أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به إذ لا يمكنه
تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو أرسله على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة
حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لأن الذبح يقع بالإرسال

رحمه

وفي شمل هذا الموضع أقيم السبب مقام المسبب وثبوت اليد على المذبح سبب للتمكن فأدير الحكم عليه ن نو

التي انخنقت ماتت ضربا بعصا أو حجر حتى ... ن س

أي شق ن وفي التاج البقر شكافتن ...

على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف
ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الأول فلا بد من تسمية
أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تجزيه تسمية واحدة ومن
أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد
لا استراحة فلا يقطع الإرسال وكذا الكلب إذا اعتاد عادته ولو أخذ الكلب صيدا
فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو
بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه
للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم
اتبع الصيد فأخذه فقتله فإنه يؤكل وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة
للتمكن لما بينا في الكلب ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى
أرسله إنسان أم لا لا يؤكل لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه

قال وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرنا
وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إذا كسر عضوا فقتله
لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر جرح
ينتهض سببا لإنهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق قال وإن شاركه
كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه يريد به عمدا لم يؤكل
لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة
نصا أو احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الأول
يكره أكله لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسي
عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة
وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولم يرده الكلب الثاني ولكنه
اشتد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه فقتله لا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر
في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه
فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما

قال وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر
الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما

إلا إذا كان جثومه ذلك كمونا للصيد لا استراحة فحينئذ يحل الثاني أيضا لأن الإرسال لم ينقطع [illegible]

ثم عادة البازي أن يقع على شيء وينظر إلى الصيد لما تقدم في الفهد الذي يكمن ثم يأخذه فهو بمنزلة كمون الفهد فلا ينقطع به فور الإرسال [illegible]

ولا بأس بأكل ما شاركه الكلب المجوسي لأنها تحل من غير تسمية [illegible]

ناد

سمى

هو فوقه أو مثله كما في النسخ الآتي والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه قال
ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت
به شبهة الحرمة فأولى أن لا تثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد
وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر
فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات لأنه دونه من حيث
إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو أرسل
المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا إذا أرسل
كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل
تحت التعليم فجعل عفوا ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله
الآخر أكل لما بينا والملك للأول لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال
من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم
بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب
الأول والله أعلم فصل في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل
كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب أي صيد كان
لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف رحمه الله أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم
ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها وزفر
خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ووجه الظاهر أن اسم
الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه
والإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا
إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وإن تبين
أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب لأن الفعل ليس باصطياد والطير الداجن
الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى إلى طائر فأصاب
صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد لأن الظاهر
فيه التوحش ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى ناد هو أم لا لا يحل الصيد
لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل
في رواية عن أبي يوسف لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما ولو
أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل لأنه لا معتبر بظنه

أي فيما أرسل المسلم فزجره المجوسي يحل الصيد بلا شبهة الحرمة فأولى أن لا تثبت به الحل فيما إذا أرسله مجوسي فزجره مسلم [illegible]

أي غير الذي سمع صوته لأن الكلام فيما إذا أصاب غير الأول [illegible] لم يعرف أن المسموع حس الخنزير فرمى فإذا هو ظبي لا يحل الصيد المصاب لأنه [illegible] عليه [illegible]

مع تعينه وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات لأنه
ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا
النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه وإن أدركه حياً ذكاه
وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول من الغير قال وإذا وقع السهم
بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل وإن قعد عن طلبه
ثم أصابه ميتاً لم يؤكل لما روي أن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي
وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما يمنع الحل
أكلا لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه
ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز
عن توارٍ يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله إن ما توارى عنه
إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى سهمه لا يحل لأنه موهوم
يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرماً بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب
في الرمي في جميع ما ذكرناه قال وإذا رمى صيداً فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل
فتردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وهو حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير
الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعدي
رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله
أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد
باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل
إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً وإن كان مما
لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه
إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع
إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على
حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على
الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناها كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة
فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة
فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم رح وحمل مطلق المروي في
الأصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي رح على ما إذا أصابه

حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من
الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وإن كان الطير
مائياً فإن كان الجرح لم ينغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء
قال وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل
وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه
قال ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض
إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذا إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلاً وبه حدة
لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان
الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة
حديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل لأنه قتله دقاً وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه
لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع
الأوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً اللهم إلا
إذا كان له حد يبضع بضعاً فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه
المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً وإذا كان مضافاً
إلى الثقل بيقين كان حراماً وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً
وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض
السيف لا يحل لأنه قتله دقاً والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن
كان الجرح مدمياً يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء
كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند
بعضهم يشترط الإدماء لقول النبي عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل شرط
الإنهار وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه وإذا أصاب
السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا قال وإذا
رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد لما بينا ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح أكلا
إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان منه كما إذا أبين الرأس
بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما
أبين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً والعضو

المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا انه ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمية الاولى بحال ينجو منها الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه

او دونه فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما ذكرنا اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وليصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي ان النبي عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض

شرط اللزوم على ما بيناه إن شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لأنه يختص
بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة ولنا ما
تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر ولأنه عقد تبرع
لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه
كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد
مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رح أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل
لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع
إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح قال فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا
متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء
سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله قال
فإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو أمانة في يده ولا يسقط شيء
من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه
قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة الدين فبهلاكه لا يسقط
الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأنه بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة
ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه
السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
الرهن وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول
بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي
بأن يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رح عن السلف وأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء
وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما
كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع
فأمسى الرهن قد غلقا والأحكام الشرعية تعطف على الألفاظ على وفق الإنباء
ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا إليه وذلك بثبوت ملك
اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع
به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك ثبت الاستيفاء
من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا بخلاف حالة القيام

فإن المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن فإذا وصل المبيع منه إلى المشتري بدل الضمان على المشتري بالتسليم إليه فلم يكن مضمونا ابتداء

أي إنه كما مضمون به وهو الدين والقيمة بالنقل من أئمة الفقه والحديث آلة للمقابلة والمعاوضة

لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء
الباقي بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى
كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب عن قبض ضمان
وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان في فراغ الذمة
من ضروراته كما في الحوالة والحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه
بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع
فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها
في كفاية المنتهي جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو
تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال ولا يصح
الرهن إلا بدين مضمون لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
قال رض ويحمل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح
الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة ورد العين
مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به ولئن كان لا تجب
إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته
يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا
لا يبطل الحوالة المقيدة بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالأقل
من قيمته ومن الدين فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن
مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة لأن المضمون
بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وإن كانت أقل سقط من
الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله
الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن ألف وخمسمائة والدين
ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال
يترادان الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة
به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله
ابن مسعود رضي الله عنهما ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان

عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن أي فيه بيان أن العين أمانة حتى لا يصير المرتهن قابضا بقبض الرهن عن قبض الشراء كف

ع

الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة كونها تبعا
حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالزيادة فيما روي حالة
البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه لان حقه باق بعد الرهن والرهن
لزيادة الصيانة فلا يمنع المطالبة والحبس جزاء الظلم واذا ظهر مطله عند القاضي
يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن
لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر
الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم
الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن
يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه
ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم
كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم
بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب
عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه
ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر
فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار
وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن
فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقامه
الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما
يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك
ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف
ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر المرتهن
على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا
بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل
ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع
على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب

وهو ما فصل فيه بقوله وهذا ان ترك الحبس اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه ماطلا واما اذا ثبت بالبينة حبسه لظهور المطل بالانكار ن نهاية كفاية

لان احضار الرهن لحصول البيع من الراهن فلم يكن للمرتهن قدرة على احضار الرهن ن نهاية

وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن
على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا
غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن
وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد
فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به
قال وان كان الرهن في يده فليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه
الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه
لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن
ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد
استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل
الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين
ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق
الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير
لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا
ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا
وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه
ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة
واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على
مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره
فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى
واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان
رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان
ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين
او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين

اي اذا كان الرهن في يد المرتهن ليس على المرتهن ان يمكن الراهن من البيع وان كان الراهن يقول انا ابيع لاقضي دينك ن نهاية

[illegible] الخلاف المعروف في المودع اذا اودع هل يضمن الثاني حيث يضمنه الاول [illegible] كفاية

الشحنة بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلم يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي يحفظه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع

وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجبه الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما تنقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت اليد والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واختصاص القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمرة يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى دخوله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض

والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز
ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن جعل كأنه ما ورد
إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه
شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه
لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء
بخلاف ما إذا رهن سرجا على الدابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام
حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل
حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري
والمضاربات ومال الشركة لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان
ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالأعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك
العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن
فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه
مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن
الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا وجبت قيمته فكان
رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة
والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التمليك إلى
زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الأفعال يصح
مضافا إلى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له
على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا
لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته
لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال
ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لأن
حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود

صورته إذا كان لأحدهما على آخر وأخذ بالأمانة رهنا لا يصح فيكون المرهون شيئا آخر غير الأمانة ن م

أي ولا يصح مضافا إلى حال وجود الدين لأن الاستيفاء معاوضة فلا يحتمل الإضافة لأن إضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا يجوز ك

مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو
مضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه فإن
هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا بإذنه وإن هلك الرهن
بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن
مستوفيا لتحقق القبض حكما وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض
حقيقة وحكما وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير
مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون
ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن
يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه وإن
كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له
أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا
لو اشترى عبدا فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى
في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد
لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر
وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس
وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء
الأرش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا
بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء
ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن عليه شيء لأنه لا يقابله شيء مضمون
ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم الراهن إن كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه وإن
كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما إذا جرى
ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
ولا ارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن
بثمنه أو اشترى خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة
فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته
رهنا ثم ظهر أنه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا إذا صالح على إنكار ورهن

أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأن الرهن إنما يصير قابضا بالهلاك فإذا تحقق بعد التفرق ك

إذ هما غير مضمونين على المولى حتى لو هلكا لا يجب عليه شيء منه ط

ما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون وعن أبي يوسف رح
خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا
لابنه الصغير لأنه يملك الإيداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتهن بحفظه
أبلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة
الأب في هذا الباب لما بيناه وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنه لا يجوز ذلك منهما
وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب
حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
دينه لو هلك في يده ويصير الأب أو الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لأنه قضى
دينه بماله وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه
قالوا أصل هذه المسئلة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه
جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف رح لا تقع المقاصة
وكذلك الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب
الضمان وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه
جاز لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين
في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي
من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل محض
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب والرهن من ابنه الصغير
وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير
وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحدا وإن استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة
للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن
لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه
إيفاء واستيفاء وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب
ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب

أي أن الرهن غير مضمون عند المرتهن في مسئلة ... حراء ... بهذه الرواية عن أبي يوسف

فلم يكن الرهن منهم ... كما يجوز ... اليتيم من الأجنبي

ملزما

بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه
الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن
وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه ولو
رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين فإن هلك
ضمن الأب حصته من ذلك للولد لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي
وكذلك الجد أبو الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في
يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى والمال
دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لأنه غير متعد في هذه
الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لأنه متعد إذ ليس
له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه
حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان قد حل فإن كانت قيمته
مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على
اليتيم فالتقيا قصاصا وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى
الزيادة من مال اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته أكثر من الدين أدى
قدر الدين إلى المرتهن والفضل لليتيم وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لأنه ضامن
للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم إذا حل الأجل كان الجواب على
التفصيل الذي فصلناه ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الأخذ
لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب والوصي
بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ وإذا هلك في يده
يضمنه للمرتهن ويأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعد
للصغير بل هو عامل له وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين
يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فإن رهنت
بجنسها هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة

الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لأن استعماله لحاجة الصغير

أي لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له

بجنسها وهذا عند أبي حنيفة رح لأن عنده تصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فإن رهن
إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه أن تكون
قيمته مثل وزنه أو أكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار
الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير
بقدر الدين مستوفيا فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما أنه
لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى
الربوا فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله أن
الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي
جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك
نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقد مر من قبل ما إذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير أن البناء أن الصحيح على ما هو المشهور
أن محمدا رح فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف رحمهم الله والفرق لمحمد رح
أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك
وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين
ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين
لأنه يصير قاضيا بالجودة على الانفراد ولا إلى الفكاك مع النقصان لما فيه من
الضرر فخير إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو من خلاف جنسه
ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح إن شاء
افتكه ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا
بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان
التضمين بالقيمة أولى وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه
يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق

أي فيما إذا كانت قيمته مثل وزنه وفيما إذا كانت أكثر من وزنه ق

أي إن رب الدين قبض الزيوف لكونها الزيوف قائمة مقام دينه

بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد رح لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني
عشر عند أبي حنيفة رح يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لأن العبرة للوزن لا للجودة
والرداءة فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وإن كان بعضه
فبعضه وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون
التابع أمانة وعند أبي يوسف رح يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الإبريق
له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة أسداس
المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن
كأن وزنه اثنا عشر وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا
فأمكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز
استحسانا والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع على أن يعطيه
كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي
عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع وجه
الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب
فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم
فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا
لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان
غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
وقال زفر رح يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن
وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير لفواته إلا أن
يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لأن يد
الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال
للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بما ينبئ عن

أي يضمن جميع قيمته من خلاف جنسه لأن الكل عنده مضمون بالوزن وجميع الوزن مضمون فيتبعه الجودة ن منظ

ذكر الكفيل معينا كان العقد فاسدا كفاية

رجل اشترى ثوبا من رجل بدراهم

الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ذلك كفالة وقال زفر رح لا يكون رهنا وهو رواية
عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته
بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن
قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى
حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم
الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه
مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من
الاعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي
الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية
كما في المبيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في
الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند
رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان
الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا
بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة
من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رح قال فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير
كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزا قال فان اعطى احدهما دينه كان
كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى
هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال واذا رهن رجلان بدين عليهما
رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي
جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد
منهما البينة انه رهن عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت
انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد
يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء
بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل منهما بالنصف لانه
يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بها وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا

رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات
هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما
اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وهذا القضاء يثبت
حبسا يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكر
انه كان قياسا لكن محمد رح اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة
لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما
البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا
وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله
لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه
باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه
وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين
والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان
النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد
الممات لانه يقبل الانقسام باب الرهن يوضع على يد العدل واذا اتفقا على وضع
الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل
يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده في
الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان
والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع
العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال
وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته
وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده
هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل
الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في
حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل
قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر
ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا فيهما ولكن يتفقان
على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما

الى القاضي ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى
المرتهن ولا يجمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنه بالدفع الى المرتهن
فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك
يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن
او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع
ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل
لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا
ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء
حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك
البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره
وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق
الورثة وحق المرتهن مقدم وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال
حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما
ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم
وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه
لا برأي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه
الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا قلنا الوكيل حق لازم
لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضارب لانه حق المضارب وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا
المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع
قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يديه الرهن ان يبيعه والراهن غائب
اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق بخلاف
الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى
والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم تكن الوكالة مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده

وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن
ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل قال واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان
رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن
لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد
الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ
حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به
لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن
الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء
ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون
المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء
ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حق البيع
والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع
على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ
البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن
بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العدل باداء الضمان ونفذ بيعه عليه
فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه
لم يكن راضيا به فله ان يرجع عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على
الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه
من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه هو العاقد
فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب لسبع وانما اداه ليسلم له
المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله
في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم
له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب
نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان

واذا دفع العدل الى المرتهن ... من غير ضرورة فهو ضامن لان العدل ... امين في حق الراهن فكان الجواب ... الجواب في المودع بلا كلام ...

ان لو وكل العدل لو كانت المشروطة في ضمن الرهن نهاية

احدهما وصف من اوصافه والآخر ان فيه اتواء حقه نهاية

لانه قال ... اذا ... الوكيل ... يكون مشروطا في العقد ولم يكن مشروطا ... الاصل مطلقا ... نفسه ... المرتهن

ان اوفى الثمن المرتهن ... لان الثمن ... الاصطلاح

فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن القيمة يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ

انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره فاجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فينفذ البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لم يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح فاذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا

ثم وقت وجوب الضمان وهو الغصب كان قبل الرهن فاذا ملكه ... صح الرهن لانه ظهر انه رهن ملك نفسه فصار المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن

هو شيئ آخر المعجمة من خشب ... غير الذي يعمل ...

لان حق ... الراهن ... ويضمن القيمة ... بوطي الجارية البكر ...

وعند الراهن لا ينفذ ... لا ينفذ عتق ...

والدين حال لا يطالب باداء الدين لانه يطالب باداء القيمة فتقع المقاصة بقدر الدين
فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى
يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه بحقه
اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى بها الدين
الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى
من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل
من الدين اما اذا كان الدين اقل يسعى في مقداره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا
ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهاهنا
يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب
السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون
شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك
الساكت فوجبت السعاية هاهنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون
يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة والمستوفي من عينه
وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن يملك حقه ملكا ولا يبطل
حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين
الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عبدي فلان ثم اعتق
العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالاقرار بعد العتق
ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد
العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عنده
فظاهر وكذا عندهما لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها
الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية
الابن فيصح بالاعلى واذا صح خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء
الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في
الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان
كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان

لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين
فلا يلزمه الزيادة ولا رجحان بما يؤديان على المولى بعد اليسار لانهما اداياه من مال
المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان
مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض
بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي
عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه
قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك
الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن
لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة
وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة
ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار
الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض
استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم
القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين
فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر
حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ
عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته
يوم الرهن الفا وجب باستهلاكه خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص
كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم تلف قال واذا
اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن
لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات
القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان
في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به
من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن

على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا
بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك
لو اعار احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل منهما ان يرده رهنا
كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا
باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه
التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار
المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن
لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك
في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن
فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره
ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر
بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد
عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين
قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التعيين مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا
للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن
وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض دون البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم
عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك
نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد مر
في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين
او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب
مثله لرب المال على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو
الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذا اذا اصابه عيب ذهب من
الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن وان كانت قيمته

وقد وصل العين الى يده الا بالفسخ الا الخ او بانقضاء مدتها او بفسخ البيع او بتمكنه من المشتري ... او بالرجوع في الهبة ك ش

اذا اطلق الاعارة في الرهن ولم يسم له شيئا بعشرة او تسعة دراهم او دينارا ... للمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير في جنس ... لان اللفظ مطلق فلا يخص الا بدليل ... ت

قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع
الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا
لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن
للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى لانه متبرع
اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله
ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان
عليه لانه لم يصر قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه فلو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في
مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في
وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن
قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه سلم له مالية الرهن باستيفاء المرتهن منه
ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير
قيمته لان حقه قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان
يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل
قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن
لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك
اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانه انتهى حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد
نفسه فلا يبرأ الا بالوصول الى يد المالك اما المستعير للرهن يحصل مقصود الآمر
وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق
الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث

يعني ان المعير يقول امرتك بالرهن بخمسة والمستعير يقول امرتني بعشرة ك ت

اي بمثل قدر الموعود المسمى الذي اخذه الراهن من المرتهن ك ت

المعير المحترم ... عن ابطاله ... ت

وهو حق المرتهن ك

والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه
قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان تكون الضمان على صفة
الدين فهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال وجناية
الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا جنايته على
المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاق فلانها جناية
المملوك على المالك الا ترى لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على
المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن
عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على
غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهى دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن
لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب
التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين
سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت
قيمته اكثر من الدين فعن ابى حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن
وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن
او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبى قال
ومن رهن عبدا يساوى الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى
مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من
حقه ولا يرجع على الراهن بشئ واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب
سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص
العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر
في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان
العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم
يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم
قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت

ومراد اذا كانت الجناية خطأ في النفس او فيما دونها اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع نهاية

حتى لو كان الرهن على حاله فنقص سعره فكان له ان يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الى الراهن [illegible]

فاخذه

واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصله
حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية
فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء
وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء
او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك
بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي
الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة من الدراهم
قضاء من حقه ورجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده
وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا
هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان
شاء اسلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان
يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقى الدين
بقدره وللاصحاب رحمهم الله على زفر رح ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما
ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا
فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان
المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب
يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه
منسوخ بخلاف البيع لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع
سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع
لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على
الراهن بشئ من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو
ابى المرتهن ان يفدى قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة

قوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق نهاية

ان لم يصر بقدر عشر الدين فلذلك يفتكه الراهن بقدر قيمته وهو مائة ويسقط الباقي من الدين نهاية
قوله [illegible] لان هذا الصحيح اذا كان [illegible] لما في اصلين [illegible] ان السعر لا ينقص المالية بخلاف [illegible] في اصله ان السعر يوجب نقص المالية كذا

الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لانه [illegible]

له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن
بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد
كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا
او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون
على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء
وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق
رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى
قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه اخذ صاحب دين العبد دينه لان
دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل
شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين
المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه
حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد
حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر
الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت
قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه
مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن
فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من
المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي
راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي
الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال
المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه وان لم يكن مضمونا
فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي
واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن

المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان
لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على ما روي
عن ابي حنيفة رح انه لا رجوع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى
ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء
من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء
متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان
اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء
في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه
فيصير قصاصا بدينه كانه ادى في نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن
فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه
فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته
فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته
والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا

قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه
ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا وصيه وان لم
يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه
لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض
التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء
الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز
لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا
بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا
ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله
عنه وفي رهن الوصي تفصيل نذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة
فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما

كانه احتراز عن ولد الجناية
لانه قصد نظرا لحكمه في الجناية وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن
ان باب الجناية لانه ازال الشغل عن المحل
انه نسخة منقطعة كذا في الاسرار
ق
ل
دلانه حق لهم جميعا متعلق بالتركة وهو باطل حق سائر الغرماء
وليس ذلك

والخمر لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب
ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن فيتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا رح من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد
متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل الاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها فان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وعلى قيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لان الاجازة يصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل مسلط عليه من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز

فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع لابي يوسف رح في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه ليس بمعقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بالقيمة في وقتين وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطى عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كما اذا كان له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة

على ما بينا من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض
يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن
عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر
رح لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم
يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث المرتهن منعا لانه يصير غاصبا
اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته
او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن
في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء
ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن
في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع
بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة
مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فنقض الاستيفاء
الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك
اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين
معنى البراءة بطريق الاداء لانه بزوال عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه
او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه
فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه
عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل تعلق
به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من
الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه
الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وقد نطق به غير واحد من السنة
وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في
القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية
بها تتكامل وحكمة الزجر عليها بها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك

قال

قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي
اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال
من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول
الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل
واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا
لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد
الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي
رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها
ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير
وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله
عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس
بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي
رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل
به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد
به غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه
لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة
غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود
قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد
كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين المأثم
لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على
العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي
على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه
وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق
به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما سلف

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فإذا
هو آدمي أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب
آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة إلى أهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا إثم فيه يعني
في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد
الضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص
لأن القتل قد وجد قال وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل
فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه
وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي
رح يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق
به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوه وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بالشبهة وما يكون شبه عمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص بآلة
دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل
كل محقون الدم على التأبيد لانتفاء شبهة الإباحة وتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد
بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل الحر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد
لأنهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص
يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبيد
يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه قال والمسلم
بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما
وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلما
بذمي ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون

فهذا ليس بعمد لانه لا يصلح للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد او ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب للتلف انقلب عليه يتحقق من النائم فجرى مجرى الخطأ في جميع الاحكام ن ك

١٢ اذا قتل عمدا ح

المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه
ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون
الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ويقتل الذمي
بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص
الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام
لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحا ولأنه
سبب إحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف
الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد
من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأم
أو الأب قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل
الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه
القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ قال ومن
ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال
الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب
إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل فعله فيتحرز عنه كما في كسر
العظم قال وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا أرى في هذا قصاصا لأنه
اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار كمن قال
لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم
متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف
تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث
غير المولى فلا قصاص لهم وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى
إن مات عبدا أو الوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم

لانه غير مستحق ن ح

والمراد من قوله ولا ذو عهد ذو امان لا ذو امان لان العطف للمغايرة ن مط

يعني بالمكاتب ... القصاص ... ن مط

في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك
وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا
لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض
لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن
لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط
اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من
الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله
ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت
يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له
ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك
الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان
المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال
فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس
لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة
التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى
ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة السلطان فيه قال ومن قتل
وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس
لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت
ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به
وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود

ان يتبع مقدار الارش حتى لو صالح على اقل من ارشه كان للصبي ان يرجع الى تمام الارش لان الصلح عليه انما يصح بشرط النظر وذلك بان يكون بقدر الارش ك س

كما يجب بعقد الاب

لان القتل تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي ك كفاية

لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة
رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينه
ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما
تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم
قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما
نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالاة له ان
الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل
خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد
تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه
اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا
في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله
غير ان عنده يماثل ما يستوفى حرا وخنقا وتغريقا كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق
غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله
عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان
الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص
ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب
وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومأت اليه اضافته
الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف
الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فيضاف اليه قال
واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود
عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب
القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين
على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب
الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير
سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل

الكفر يقتضي جواز التوقف وهو مذهب الشافعي فيكون حجة لهما ايضا على ابي حنيفة رح في نفي وجوب الدية ك س

وعقوا اسدا واصابت حية ومات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ولم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلث اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب ثلث الدية

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في اصل الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لان الثاني بقي محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا و

اخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة وهو الذي يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذلك البرء نادر فيفضي

الشلل الى الهلاك لظهر اثره قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء
او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها
وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله
ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا
استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد
ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه
متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط لفوات محله اما اذا
قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا
فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا
تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من
اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها شينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه
من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة
وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت
الشجة في طول الراس وهي من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو
بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف
رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط
فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل
ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف
الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة
والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع
بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الاية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد
والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه
الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز
بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع

وغيره

وغيره وان لم يذكر حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو
المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى
العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد
الصلح اضيف اليهما قال واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق
الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل في هذا ان القصاص حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي
بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي
من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن
كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما
في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص
سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان
الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل
وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث
سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان
الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله
مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم
لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب
والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا
ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته
له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس
في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد

جرح صالح للانزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزى ولأن القصاص شرع مع
المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتل الكل فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص
لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح
إذا لو جب أحدهما عينه قال وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد
منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح تقطع يداهما والمفروض إذا أخذا سكينا
وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت
حكمها أو نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع
حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس
لأن الانزهاق لا يتجزى ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع
على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث
قال وعليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معا أو على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع للأول
وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهما استويا
في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل
يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانية
بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب
تستحق رقبته لهما وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لأن للحاضر
أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء
فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا قال وإذا أقر العبد بقتل العمد
لزمه القود وقال زفر رح لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار كما إذا
أقر بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية
في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه
القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي
الخطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الأثر فصل

فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطعها عمدا ثم
قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله
عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن
تتميما للأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها
بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول
في الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية
حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفي
بدية واحدة وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام
قال اقطعوه ثم اقتلوه وإن شاء قال اقتلوه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا يقتل
ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله
أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب
القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل
واحد وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير
اعتبار المساواة ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك
بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا
يجتمعان أما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط
فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة
في حق الأرش وإن بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة رح وعن أبي يوسف رح في مثله حكومة عدل
وعن محمد رح أنه تجب أجرة الطبيب وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها أثر
تجب حكومة العدل لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس
قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع وما يحدث منه ثم مات من
ذلك فهو عفو عن النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع
المال وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا
الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع

عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا
عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو
عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية
والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع
قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه
هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقود ولا نسلم ان السارى نوع من القطع وان السراية صفة له بل السارى
قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو
عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في
العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه
وفاقا وخلافا وآذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال
فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر
من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر
مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة
رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد
لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل
وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا لكن عن
القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس
ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء
فان كان في الدية فضل يرده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان
كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه
لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء
فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها

ثم بين بهذه المسئلة مسئلة التزوج فقال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده لان التزوج على اليد بمنزلة العفو عن اليد واذا عفا عنها صريحا لا يكون عفوا عن السراية فكذا اذا تزوج

تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها
مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه
وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا
فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم
ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل
من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق
الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون
عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من
اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج
من الثلث يسقط ثلثه وقالا كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو
عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا قطع
طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على
القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه
وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل
وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد
دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق
اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ
او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له
قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب
في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص
في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لما انه
تصرف فيه فاما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء

فانه لا يسقط حقه في قصاص النفس حتى لو قطع اليد لانه كان له نفسه وطرفه من نفسه

وان قال لم يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع
وما عفا وبرأ فالصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء
ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تبعا قياما
بالكف فالكف تبع لها غرضا بخلاف الطرف لانها تبع للنفس من كل وجه قال
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف
السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار
كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع
وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة
في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال
بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام وعقدا
كما في غيرها منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما
نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق
فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر
وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة
وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
الآخر لهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه
فيكون الملك فيه للمقتول كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت
ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين
وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله
بخلاف الدين والدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها
صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن
الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال
ولا يمكن اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه قال واذا
كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو

والاصابع مع الكف كشيء واحد لا تفاوت هذا الى ذلك في القيام وحاجة ذلك الى هذا في الغرض وهو البطش بخلاف الطرف لانه مغاير للنفس تابع له ن منه

لما كانت الشهادة لقتل متعلقة باحكام القتل نفسه اوردها بعد ما ذكرنا القتل لان متعلق الشيء كان ادنى درجة من نفس ذلك الشيء ن نهاية

عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر
بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو منكر فلا يصدق
ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا
وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا
فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان
صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك
قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان
عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك قصاص على ما بيناه والشهادة
على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار المضروب
صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف
شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان القتل به فهو باطل لان القتل لا يعاد
ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا
غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على
كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي
شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال واذا شهدا انه قتله وقالا لا ندري
بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف
باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق
ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم المشهود
عليه سترا عليه او لوا الدرء لهم في نفي العلم ظاهر وردا باطلاقهم في اصلاح ذات البين
وهذا في معنى فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد
فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي لهما
قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما
وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي
الثانية غير تكذيب لمقوله المقر في البعض فاقرار لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له

او قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل

الا انه في البعض ما شهد على شهادته اصلاً لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلماً فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمداً فالقود سقط للشبهة فوجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً وكذا اذا رمى حربياً فاسلم لان الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك قال وان رمى عبداً فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرمياً الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لان العتق قاطع للسراية فاذا انقطع بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلاً من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب الضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالف في وجوب القيمة نظراً الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيداً ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية والسلب عنده ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيداً ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو متعد في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيها الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد رح ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قول النبي عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعاً كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا نحن والشافعي رح بذلك لما روي ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماساً على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحال الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفاً لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء

مجهولة المالية ولهذا لا يتقدر بها ضمان والتقدير لا يعرف الا بالآثار المشهورة عن منها
في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز
وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال
ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه
ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه
فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال
الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها
واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال
الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم
وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر
نصف عقل المؤمن والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رح ما روي ان النبي عليه السلام
جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم
ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك ابو بكر وعمر رض
وما رواه الشافعي رح لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر
مما رواه مالك رح فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم فصل فيما دون النفس قال
في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس
الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول
الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال
او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه
وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية
كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه
ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو
قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات
منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة
مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان

في الانف الدية نسخه

احترازا عن العبد فان الجمال فيه ليس بمقصود وانما المقصود المنفعة [illegible]

اذا قدر على اداء الاكثر يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز
عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه
يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي
هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج
والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك
اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد
منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة
ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه
يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي
رحمهما الله يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله
واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد
نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية
كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا يرى ان من عدمه خلقة يتكلف
في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة
رح انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال
دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار
كبعض اطرافها ولحية الكوسج اذا كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها
لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية
لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت واذا نبتت حتى استوى
كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت
بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب
حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي
احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام
فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي
الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن

واذا حلق شعر الرأس ولم ينبت ففيه الدية الكاملة الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء الا انه لا يجب الا بعد الحول وكذا اذا انتتف الحاجبين والاهداب [illegible]

تحقيق بصره امتد وان تفع الاذن الحصة [illegible]

ان جعل هذا الرواية يجب نقصان العبد بالاستخدام ولا يفوت بها المقصود بحلق لحيته وكذا منفعة الجمال لا [illegible] الا ترى ان غير الملتحي يشترى لحسنه وطراوة شبابه بكثر بشترى الملتحي [illegible]

وفي الحاجبين الدية صح

المسيب عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية
وفيما كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي
احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس
المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احديهما تفويت النصف فيجب
نصف الدية قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احديهما نصف
دية المراة لما بينا بخلاف ثديي الرجال حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت
جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع
وامساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بينا قال وفي اشفار العينين الدية وفي
ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد رح في الاصل للمجاورة
كالراوية للقربة وهي حقيقة في الشعر وهذا لانه تفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة
وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب
في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ارباعها و
يحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية
واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من
اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها
قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر
الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطعها كلها منفعة
المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشرة اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال
وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان
ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي
كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض
الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل
كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر
في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت
والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة
ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو

ولو احدب به لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زال الحدب
لا شيء عليه لزواله لا عن اثر فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة
وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله
كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع
الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل
الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم
اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر
اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال
ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة
ولانه يمكن ان ينهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص
في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه
ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رح وقال
محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن
اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها
بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره
فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رح عليهما قال
وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر
الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة
ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في
جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة
جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث
الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة
وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف رح
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة و

ثلث الدية صح

التي تصل الى الدماغ وانما لم نذكرها لانها تقع قليلا في الغالب لا جناية مقتصرة
مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه
والراس تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف
وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء اثر
الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما
اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا
هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا في الجائفة
تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي
رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر
وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية
لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية
لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية
لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع
لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي
الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل
فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد
اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه
لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف
لانه تابع ولا تبع للتبع قال فان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة
ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه
الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل

> وهو ذكر في فصل ما دون النفس قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ن كفاية
> ان تفويت جنس المنفعة البطش ن منه

اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان
البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات
والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاث اصابع يجب ارش
الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل
فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
لما قلنا وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح
يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود
من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام
وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد
والخطأ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية
لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة
يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب
واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد
جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب
سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول محمد رح وابي يوسف رح
عنهما وعن ابي يوسف رح ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه
الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف
العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما مر وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت
عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة
القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشلت
ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلاف وينبغي
ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور

> السن الشاغية هي الزائدة على الاسنان وهي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان ن صح يقال رجل اشغى وامراة شغواء ن منه

> وهو قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء ن منه

واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احديهما لا يتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل
وليس في وسعه السارية فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل
متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس بفعل مقصود
وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء عند ابي حنيفة رحمه
وقالا وزفر والحسن رحمهم يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه
وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهي ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب
القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص
بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية
ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت
الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى
ان الشجة نفسها موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه
لا محل للاولى موجبة فالفعل الثاني مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص
الا على رواية ابن سماعة عن محمد رح ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش
كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت
معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة
ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها
صاحبها الى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه
ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه
خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث
نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول

بالحول لانه يستفيد فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت
تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب
المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول
للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة
فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك
فيؤثر في السقوط فافترقا فان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه
ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم
يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة الالم وسنذكر الوجهين
بعد هذا انشاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة
وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا
كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اصفر او اخضر قال ومن
شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال
الشين الموجب وقال ابو يوسف رح عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال
فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب
وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع
على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد او بالشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال
ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب
فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله قبل البرء خطأ فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد
وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء
قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال
اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى
في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها
تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه
بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب

بالقتل ابتداء فاشبه العمد وان لم يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في
البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه
تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطي وهذا
عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا
انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم
الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل
عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل
جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار
لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون
خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون
وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد
غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله
ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي
عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاه سواء ولان
الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة
فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم
بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد فصار
كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة
ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة
فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل
وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب
شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ووجه الاستحسان ما روي عن
النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا
القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على
العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وقال مالك رح في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه
السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل

العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلاث سنين
لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله
انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل
النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول
في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل
اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب
يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في
الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر
بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب
السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية كاملة بقتل الام وغرة لالقائها
وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في
الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء
في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب
فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها
اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه
لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه
ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث
للقاتل وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر
قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء
يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور
النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح
يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى
ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق
لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب
قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا

عندهما وعند محمد رحمه الله تجب ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما بينا من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا الكفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعقل بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا

يعني لو جرح عبدا ثم اعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية ولا يلزمه الدية ولا القيمة وانما يلزمه النقصان

الجرصن البرج الذي يكون في الحائط وقيل الجرصن الميزاب المنصوب في الحائط
وقيل مجرى ماء يركب في الحائط ... الامام البزدوي الجرصن ... الى الطريق ... كفاية

اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع جمرا في الطريق فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق عادة لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا ولو استاجر اجيرا ليبني في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه

العملة

من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا ...

اي يزلق المار غالبا لا يضمن لانه لا يقع سبب غالبا ... وهو المقصد ... عن الناس ... ما يخفف ...

الناس حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله
ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان
حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن
لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو
متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه
وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر
في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في
نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا
فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع
لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع
لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك
على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا
اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه
الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر
لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان
على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه
وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل
مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على
المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر

وهو انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد يضمنه ع نهـ كفـ

اي من جهته حيث لم يعلمهم ان ذلك ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على امره وتعيينه ان ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور نقل فعلهم الى الآمر ك

بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام
فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي قنطره وكذلك ان وضع خشبة في
الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر
اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا
في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان ضمن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان
رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان
حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل
لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل
فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذا من القرب وكل واحد ماذون
في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة
وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار
المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا
غير مقيد بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا تفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة
رح وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة
او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث
فهو على الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها
فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة
حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء
ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس
لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في
المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل فيه من غير

اي بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما اذا هلك به انسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وان هلك به آدمي بوقوعه عليه ع نهـ

البواري والبوريا التي من القصب وقال الاصمعي هو البارى والبوري ق ص

سواء يصلي الفرائض او التطوع لان التطوع يصير فرضا بعد الشروع ع نهـ

العشير فيه في الصلوة تتعطل ان شاء الله ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة
وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين
ان يصلي فيه وحده فصل في الحائط المائل واذا مال الحائط الى طريق المسلمين
فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشر
شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس
من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد
اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه
يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا
بالامتناع من التسليم اذا طولب كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة
هلاك الثوب قبل الطلب ولانه لو لم يجب عليه الضمان يمتنع من التفريغ فينقطع
المارة حذارا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق
بالحائط فيتعين لدفع الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف
به من النفوس تجب فيه الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ
فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف
من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال
والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من
اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا
اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام
التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء
تعد ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه
ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من
امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس
كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان
او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالب بالتفريغ فيتفرد
كل صاحب حق به قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق
له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل

شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل
ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف
ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة
الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري
برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع
الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على
المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه
بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء
ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح
التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امه في
حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء
كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن
لان ولاية النقض له ثم التالف بسقوطه ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا
فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان
النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط
وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل
على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى
الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد
على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة على الحائط
فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان
التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل
انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها
بئرا او بنى حائطا فعطب انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه نصف الدية في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان
اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك

يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان
كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف
الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن
لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا
صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح
مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين
كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط
السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف
وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات
التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه
مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز
عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق فيضمنه
قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا
ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول
لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما
ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا
اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك
فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات
السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما
اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة
قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله
ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه
التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس
على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا
ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان فعلها
مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب قال وفي
الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن
الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأت الدابة بيدها او برجلها
ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله
وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما
الى المحل شيء وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب
وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد
لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة
لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان
فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على
عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان
كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر
نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة
او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا
هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في
الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها
لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب
للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد
منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان
محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين
يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف
من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى
ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على
القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد

أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا
القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته
إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في
هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه
لا يشد عادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس
على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ
بعير إنسانا ضمن القائد والدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد
أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان
إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان
عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا السائق لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق
في جانب من الإبل أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما خلفه ويضمنان ما
بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق
ما يكون قدامه قال وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا
فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة
صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم رجعوا بها على عاقلة
الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل
منهما مسبب لأن الربط من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم به لا يمكنه
التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها
القائد لأنه قاد بعير غيره بغير أمره وإذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال
ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت في فورها يضمن لأن الفعل انتقل إليه بواسطة
السوق قال ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن البهيمة يحتمل
السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو
أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله
حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى

إلى غيره هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل
لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لأموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في
المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن
سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم
الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا
وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما
إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال
في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الإرسال للاصطياد
فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن
المرسل وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت
مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها عندنا لقوله عليه السلام العجماء جبار
قال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من
الإرسال وأخواته قال في شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود
اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين
الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة
ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه
تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر
في نفي النصف للآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه ولأنه إنما يمكن إقامة العمل
بها بأربع أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات
أحدها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلها
أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس
فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس متعد في تسببه والراكب غير
متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون

الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت
الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته
على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه
على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه
والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها
ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل
اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما
جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن
يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب
وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة
للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة
الطريق ومات فالدية عليهما لان الحافر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل
يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح
فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك
على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على
الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن
لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون
السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر
النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت
من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها
غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا
ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا
فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه
كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية
خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في رقبته

قيد الصبي بانه يستمسك على الدابة
لدفع الضمان عن عاقلة الصبي
رجوع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر
الصبي اذا لم يكن مستمسكا

رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني
بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية
ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل
عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع
فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد
عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية
على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في
العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان
لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف
في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب
بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة
بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة
الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم
مقامه وياخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي
الجناية اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه
لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد
بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ
لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية
حكم الاولى ومعناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا
ابتداء الجناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين
يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لا يمنع
تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر
ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه

رضي الله عنهم
كمال الدراية
عندي

ان الموجب جناية الحر لا يسقط
بموت الجاني

اذ المعنى في الدفع الدفع الا بجهة التمليك

يتغير بعد ما فداه الحر

فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لأن ارش
العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي
الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما
ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم
للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش
لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار
بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار
منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي
الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قال المقر والحقه
الكرخي رح بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع
واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع
ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه
وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه
لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه
مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه لان المستحق اخذه
بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى
فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية
لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج
لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير علوق وبخلاف
الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن
في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص
الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته
قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل
ذلك وقال زفر رح لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد

فكان اعتبار الاتحاد الاصل وتملك ان اعتبار الاصل اولى من اعتبار الفرع فاعتبرنا جانب الميت وباعتبار جانب الميت كان المستحق واحدا فلا يتمكن المولى من الدفع الى الآخر بعد اختيار الفداء من احدهما ن نهاية

وينقض الصلح الاجارة لان الاجارة تفسخ بالعذر وكذلك لو رهنه ذكر في بعض نسخ الاصل انه يصير مختارا للفداء في الرهن والاجارة لانه اثبت لهما يدا مستحقة فصار كالبيع ن تنظيم ولوالجي

وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق
بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق
لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل
عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان
دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها
اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا
لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع
عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة
الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال
واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من
اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه
او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع
باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين
اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة
الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم
على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث
منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح الصلح وقد رضي المولى به لانه
لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق
يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو
والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح
بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد
ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر
ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما

ولو كان القطع خطأ فالحكم كذلك نهاية وفي تغيير وضع المسألة نظر كما اذا لم يعتقه حتى سرى ومات فانه يبطل الدفع ن س

زق و وجهه ان العفو عن اليد ظاهر الاثر لانه كان له في اليد من حيث الظاهر فصح
العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص
اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية
لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالصحيح ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد
العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان
قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون
بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين
ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف
بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان
الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل
منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون
لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد والفرق ان الدين
وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل
الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية
قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد
والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت
اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه
اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد
على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت
داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا
حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب
الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة
وفي الشيء القائم امر بالرد لانه اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول

بغير تلف على الغرماء حقهم واتلف على اولياء الجناية حقهم لا حق اصحاب الجناية في نفس العبد وهو ان يدفع العبد اليهم وحق صاحب الدين في بيعه ودفع ثمنه اليهم [illegible]

نقل الدفع في رقبة الجانية حق الولي لا يسري الى الولد فلذلك لم يدفع الولد في الجناية [illegible]

والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالدفع عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه
فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت
وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه
ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن
مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة
لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه
فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل
رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء
على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي
الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد
زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا
معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع
او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء
وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان
عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لحجره بانه
بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا
احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الاف
درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو
وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب
العافيين وهو النصف وبقي النصف وان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد
وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي
العمد وعشرة الاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل
الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء
فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي
من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه
لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة

آمرا حرا لان هذا الحكم وهو وجوب الدية على عاقلة الصبي انما يستقيم ان لو كان الصبي المأمور حرا اما لو كان عبدا كان مولاه مخيرا بين الدفع والفداء [illegible]

وإن ثبت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم أرباعا وعندهما
يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون
فيضرب هذا بالكل وذاك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات

قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريبا لهما فعفا أحدهما بطل
الجميع عند أبي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية
وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد قريبا لهما أيضا وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله وفي أكثرها مع أبي يوسف رح

فصل ومن قتل
عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر
قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف
إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب
قيمتها بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته
بالغة ما بلغت بالإجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا
من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا
أو بدلا فصار كقليل القيمة والغصب ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة إلى
أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان
مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر
الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد
يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر
الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته
بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد إظهارا
لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد
العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله
وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من
قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل الدم على ما قررناه وإن غصب
أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان
المالية قال ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى
فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد

رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه
ويبطل الفضل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق لأن القصاص
يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى
اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على
وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين بخلاف
العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت
الجرح إلى وقت الموت فإذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في الخلافية وهي ما إذا
لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى
الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا
قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولأن الإعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لأن المقضي له معلوم والحكم متحد
فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الأول لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف
السبب لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح
والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق في الخطأ دون العمد لأن العبد
لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فموجبه
القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتباره يكون الحق فيه للمولى هو لا
يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وإذا امتنع القصاص في الفصلين
عند محمد رح يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق لأنه حصل
على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد رح
في الفصل الثاني قال ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما
للمولى لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة
ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه
على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق
محلا للبيان فاعتبرناه إظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية
حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لأنا لم نتيقن بقتل

كل واحد منهما بملك ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة
وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم
فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال
ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له
من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع
العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل
الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط
اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس
من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف
عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء
احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب
غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب
وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي
الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء
وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام
الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة
فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة
رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير
او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم
وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى
في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل
لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع
والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا

يعني اعتبار المالية في الاطراف اولى لان الذات لا تنفك عن الآدمية ولهذا لا تتحملها العاقلة وتجب القيمة بالغة ما بلغت يعتبر في البدن والاطراف جميعا

وهو ابو عبيدة بن الجراح وكان امير الشام وكان القضاء بمحضر من الصحابة فكان اجماعا كفاية

في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك
ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع
في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى
بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء
فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية موجودة فقد دفع كل الحق
الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع
حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه
تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطال
ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات
لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار كوجود الاعتاق
بعد الجنايات وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد
مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق
او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه
رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب
فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب
الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في
الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا
كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فبرئ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب
العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير
مختارا للفداء فيصير مستهلكا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في

فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى ويشاركه فيما اخذ ص

فكان الدفع الصحيح ولم يكن بهذا الدفع جانيا في حق الثاني لان السبب الموجب في حق الثاني وهو الجناية لم يوجد فلا يضمن له شيئا كذا

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم مستحقه نهاية

في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب ويدفعه الى
ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين
جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل
العبد في يد المالك فارغا اخذه ليتم حقه واذا اخذه منه رجع المولى بما اخذه على
الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى
فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين ثم يرجع بنصف قيمته
على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية
اذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى
جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة
فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى
نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في
المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى وفي الاول يدفع القيمة
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى عنده جناية
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع
بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول
لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما ينتقص بحكم المزاحمة
من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم
له ولا يدفعه الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول
وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق
والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى
لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه
المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي

وهو قوله لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ن

لان هذا النصف لم يستحق بجناية كانت موجودة في يد الغاصب بل الجناية موجودة في يد المالك وهي الاولى ك ش

فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة او بحمى فليس
عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب
في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان
الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف
وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان
الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد
ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا
كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن
حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع
طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله
يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي
رحمهما الله يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد
رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن
اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر
وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا
كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه
وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة
فلا تبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا
لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما
ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى
على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت
العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره قال وان استهلك مالا ضمن يريد به
من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

ذكر الغصب على الحر وقع مجازا لان الغصب انما يتحقق في الاموال لا في الاحرار ولكن اراد به الذهاب بالصبي الحر او له ولية ن ت

يعني اذا كانت الوديعة عبدا اعني صبي فقتله الصبي فعلى عاقلة الصبي الدية ن ش

باب القسامة

وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا
منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح إذا كان هناك لوث
استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كان الدعوى أو خطأ
وقال مالك رح يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في العمد وهو أحد قولي الشافعي رح واللوث
عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة
أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه
مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فإن حلفوا فلا دية عليهم للشافعي رح
في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولأن اليمين
يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فإذا كان الظاهر شاهدا للولي
يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة
والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رح أن النبي عليه السلام بدأ باليهود
بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق النفس المحترمة
وقوله يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حقه والظاهر
أنه يختار من يتهمه بالقتل أو صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ
مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة
قال وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب
الدية لقول النبي عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بأيمانها ولأن اليمين
عهدت في الشرع مبرئة للمدعى عليه لا ملزمة كما في سائر الدعاوى ولنا أن النبي عليه السلام
جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه
بينهما على وادعة وقول النبي عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص
والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا
بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم
لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن أبى منهم اليمين حبس

بهذا التعليل يحترز عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما كما أن اللعان شهادة والمحدود في القذف والأعمى ليس لهما شهادة

حبس حتى يحلف لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين
الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه فلهذا يسقط ببذل المدعى
وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع
أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ لأنهم
لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى
قال وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي أن عمر رضي الله
عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم
حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولأن الخمسين
واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على
أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال قال ولا قسامة على صبي
ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال ولا امرأة ولا عبد
لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية
لأنه ليس بقتيل إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة الحي وهذا ميت حتف أنفه
والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد أن يكون به أثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا إذا كان
خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما إذا
خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل وقد ذكرناه
في الشهيد ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس
في محلة أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد
في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا
ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس
واحدة ولا تتواليان والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى
ما أشرنا إليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر ولو وجد
فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالا
وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر

وكذلك إن كان الدم يسيل من أنفه أو فمه أو دبره فإن كان يخرج من عينه أو من أذنه فهو قتيل صح نخ

فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد النصف مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس صح

ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا
قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه
في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر
ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب
كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا
محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لانه
في يده والدية على عاقلته لان النصرة منه وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية
التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على
اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان
لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال
وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق
يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة
هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير
الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم
فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين
لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا
حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار
اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان
الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال

يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك

واذا بقي احد من اصحاب الخطة كان هو اولى بالحفظ

وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي
فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء
في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار
لاحدهما فهو على عاقلة الذي هو في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه
خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما
انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في
صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد
دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض
وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع
في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في
يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال
ومن كانت في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي
في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت
دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق
الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل
في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ
يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من
يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن
ابي يوسف رح ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون
الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد
محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او
الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا
فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع

فانها على عدد الرؤس لا على قدر الانصباء محمد كفاية

وفي قول زفر الدية على من كانت الدار في يده وقت وجود القتيل

لا يجعل السكان والملاك في المحلة سواء وكذا في القتيل الموجود في السفينة

العامة التي ليست فيها فعلى بيت المال لأنه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف رح الدية والقسامة على أهل السجن لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المسألة التي ... وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

قال وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالقسامة والدية على عاقلته وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه وإن كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقربه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال وإذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال وإذا ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا لما لم يأخذوا على يد الظالم ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط لفقد شرطه قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن

وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة رح خلافا لأبي يوسف رح وقد ذكرناه قال وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذا الأصل مر تخريج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما مر والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف رح أن الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا نعرف له قاتلا غير ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح لا ضمان فيه ولا قسامة لأن الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش أضيف إليه وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا كان معه جريح به رمق فحمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف رح وفي قياس قول أبي حنيفة رح يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله وفي رجل وجد قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه

البر خلاف البحر والبرية الصحراء والجمع البراري ... صحاح

وقد بيناه من قبل

لأن المالك هو المختص بالتدبير في ملكه وولاية حفظ ملكه إليه دون غيره

فيكون هدرا ولان القسامة انما تجب على ظهور القتل ولهذا لا تدخل في الدية من
مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد
قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر
دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رح
يضمن الآخر الدية وقال محمد رح لا ضمان عليه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان قتله الآخر فلا
يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا
كما اذا وجد قتيل في محلة والله اعلم ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب
وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان
من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة
القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون رحمهم الله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه
المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض
رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق
بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية
عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ
وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهو
الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث
حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور
وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب
مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فتضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في
تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان
يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت
اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك
على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية
عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل

كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد
وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا
لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية
صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم
والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان
الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة فان خرجت العطايا في اكثر
من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت
بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بيناه ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل
ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان
جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث
دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية
وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل
بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل
في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان
القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل
واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة
ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة
بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان
فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره
القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله
على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تكن
تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف
ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم
واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا

كل احد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء
يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو
العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل احد نصف دينار فيستوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يوخذ من اصل المال فينقص منه
تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم
في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل
منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق اخذ
منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يوخذ منه
سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى
في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق
لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطية
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يودي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال
الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع
كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطي
معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على
النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي
ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون
بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب
جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما و
والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام قال ولا يعقل
اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر
بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من

من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم
اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان
منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب
والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير
من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل
البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل
المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر
وقيل تاويله اذا كان قرابة لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية
اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت
القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا
في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه
كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كانت
لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة
المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار
ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث
سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل
وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين
في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم
التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رح لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه
يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الموجب

ولا يعقلون عن اهل العطاء

كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية بها

الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولان
المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى
المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه
من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء
فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل يؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء
وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم
اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير
المتحملين لما قضى عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان
القاتل مسكنه الكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي
اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي
بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية
في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول
لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء
والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي
به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال
القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة
مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قول النبي عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى
الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتق وفيه خلاف الشافعي
رح وقد مر في كتاب الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر
فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه
السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة
نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في
الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس
فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رح او التسوية
في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش

يعني ان الحجة في استيفاء المال انما تقرر بالقضاء. ش

لا يعتبر يوم القضاء لا يوم الجناية كما اعتبر الاخذ يوم القضاء لا يوم الجناية

لان حق العطاء له اذا كان يسكن في قلته اهل الديوان ... بمنزلة من له عطاء. ش

بان يشتروا بالدراهم الابل فيعقلون بها صيانة للقضاء عن الابطال. ش

الجنين

الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به
مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا
بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما
روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم
قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على
انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله
في ثلاث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية
على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس
بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر
حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حصة العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر
جناية على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي رح يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال
عنده على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله
ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته
ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه
من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه
ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها
تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب
رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي
لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب
ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى
ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم
مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته

هذا من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل يعني العبد جنى على الحر اما لو جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس. نهاية

وبهذا تبين ان القاتل انما يكون احد العواقل اذا كان له عطاء في الديوان واما اذا لم يكن فليس عليه شيء من الدية لان الدية تؤخذ من اعطياتهم. نهاية

حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول الولاء
الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام
عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت
باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب
مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا مسائل ذكرها محمد رحمه الله في الزيادات والاصل
الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث
لم ينتقل جنايته عن الاول قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة
حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن
العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاول
لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاول فانه يقضي بها على الثانية وان
كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا
عنه قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف
الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا
اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملِه مقصر في عمله فاذا
عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى
فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية
ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في
قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم
زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم
يصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء
الله تعالى قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة
وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم

كالمولود من حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق لا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضي بها او لم يقض

ثم انما ذكر قوله وهي مستحبة بعد قوله غير واجبة لان الاستحباب لا ينتفي من قوله غير واجبة لان المباحات ...

حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق
من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم
كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل
ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد
الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر
انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى
ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب
حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان
كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث
يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح
قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار
كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان
مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية
كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل
ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان
نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل
كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقول النبي عليه السلام ان الله
تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار
البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر
كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف
الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير
الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على
عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة

الا استثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض
يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم
للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية
والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من
الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها
الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه
به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث
سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله
عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل
من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال النبي عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون
بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة
وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو
احد قولي الشافعي رح هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال
ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا
لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله
اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال
الا في مسألة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به
في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على
القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا
مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال
ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين يقدم على الوصية لانه اهم
فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم

يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية
الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية
يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم
تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته
قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته
في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بينا
والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال
اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا
اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت
فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه
قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول
ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل
فهو حر ثم عتق فملك وفي الخلاف فيها معروف تخرجه في موضعه قال وتجوز الوصية للحمل
وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف
من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية
اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض
ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم
وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود
كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية
والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا
افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو
الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه
تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت
والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام

مقامه قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فيه بدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان
في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الأفاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع
إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن
بها والظهارة يظهر بها لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في
ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع
وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه
أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعاً وذبح الشاة
الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان
تقريراً قال وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد رح وقال أبو يوسف رح يكون
رجوعاً لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً
ولمحمد رح أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال
كان الجحود لغواً أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال
فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية أوصيت
بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعاً لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل بخلاف
ما إذا قال فهي باطلة لأنه الذاهب المتلاشي قال ولو أخرتها لا يكون رجوعاً لأن
التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما إذا قال تركت لأنه إسقاط ولو قال العبد
الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً لأن اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها
وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول لما بينا ويكون وصية للوارث
وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها
لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للأول ولو كان فلان
حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى
بالرجوع والثانية بالموت باب الوصية بثلث المال قال ومن أوصى لرجل
بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقيهما
إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق

الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وإن أوصى
لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً لأن كل واحد منهما يدلي بسبب
صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل
الأقل سهماً فصار ثلاثة أسهم لصاحب سهم وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى لأحدهما
بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة عندهما وقال أبو حنيفة
رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث إلا في
المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق
والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ
لها بحال فيبطل أصلاً والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة
الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف
ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فإنه
يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق
تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية وفي الألف
المرسلة لو هلكت تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة قال
ولو أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول
وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الأول أيضاً
نظراً إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس
سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة
رح وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن
السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية والأقل متيقن فيصرف
إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة
وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي
عليه السلام فيما يروى ولأنه يذكر ويراد به السدس فإن إياساً قال السهم في
اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا

قالوا هذا اذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل
للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة
الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم
قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل
السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله
له ثلث ما بقي لان كل واحد منها مشترك بينهم والمشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى
ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد
يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن
الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب
من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون
بمنزلته لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان وبقي
واحد لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده لانه
لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عند هما للقاضي ان يجتهد ويجمع ومع
ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم
وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء
كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما
خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال
في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما تعدل النظر بما ذكرناه قال ومن
اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد ولجدار وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي

لانه يجوز ان اراد به زيادة سدس حتى يتم له الثلث ويجوز انه اراد به ثلث آخر سوى السدس وعند الاحتمال لا يثبت الا القدر المتيقن وهو الثلث

والمال نسخة

لان بين العبيد تفاوتا فاحشا ولهذا لو وكل وكيلا بشراء عبد بغير عينه ولم يبين الثمن لا يصح التوكيل كما في الاجناس المختلفة

البخس النقص

للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا
بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث
لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان
من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت
لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له
ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت
حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا
لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية
باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين
فيبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية
تصح لانه لو كان بلفظ المال يصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل
الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة
شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في
مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليست
في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه
لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف
ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن
ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم
على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع
احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب
خمسة والثلاثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه
للمساكين عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه

الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه
قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله
ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد
المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلث كل مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة
ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين
فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان
قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق
الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا
لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده
تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها
الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة
من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك
يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا
معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة
اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد
خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار
كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما
شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق
التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب
الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى
كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على
ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية
وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول
وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة

[هامش: م ع — وان اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله نصف ما اوصى به لكل واحد منهما ... قال ح]

[هامش: وما بقي من الثلث فلاصحاب الوصايا ... صح]

الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر
بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء
تصرف والشركة تثبت حكما فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار
عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون
هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث
فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في
ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا
وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له
ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى
ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد
بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل
المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع
وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث
الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين
لانه اما ان يكون وسطا او رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد
بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما وصاحب الوسط فيهما
محتمل لانه يحتمل ان يكون هذا الجيد هو الوسط الاصلي ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء
الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث
الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار
بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب
الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رح نصفه
للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك
غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك
التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم
اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو
نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية

[هامش: ث]

[هامش: اي بطلانا في حق الوارث اي بقي الوصية في حق الاجنبي وبطل في حق الوارث ن ن]

[هامش: اي لكل واحد منهم عند القاضي حضر والوارث يجحد ذلك ن ش]

[هامش: اي لكل واحد منهم الثلثان لان التسوية بينهم واجبة ... ن ن]

[هامش: اي بالقسمة ح]

في بدل الموصى به بعد فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في
بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية
تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه
فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك
يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع
في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز
تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من
الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما
لأنه عوضه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيل المقصود
ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك
وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين
والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول
ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت
في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
والورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له
بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل
كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب
بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فيصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان
مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه والفرق لمحمد رح أن الإقرار بملك
الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية
بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال

ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن
دفعه إليه فهو جائز وله أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا
أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على
الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه وإلا امتنع
لحق الورثة فإذا أجازوا سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال وإذا اقتسم الابنان
تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه

ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول
زفر رحمه الله لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء
النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما
فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على
الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له
شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر له
أيضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن أوصى

لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم
دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له

وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رح يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد
وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة
درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة
فللموصى له الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد
دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق
فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم وله أن الأم أصل والولد تبع فيه
والتبع لا يزاحم الأصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض
الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في
الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد
إذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان
فاسدا وهذا إذا ولدت قبل القسمة فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لأنه نما خالص
ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت
الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع
المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني
يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية

لأنها تعيين من وجه وإفراز من وجه ولهذا تجبر على القسمة ن ش

إذ التصرف على قصد التنفيذ لو اعتبرنا البيت على حقيقته لا ينفذ الوصية في جميع الموصى به على ما ذكرتم ... الموصى على ... التقدير ... ولكن ... لا يمنع الوصية ... كانت وجهة ... بالقسمة المستحقة ن س

هذا دليل آخر لوجه الاستحسان ... زفر رح لأنه قال لأن الإقرار بالثلث ... فكل ... غير ... لأن الموصى له شريك الوارث بالثلث ... ن س

قال رضي الله عنه ... لأن التركة بالقسمة ... ملك الميت ... محمد ... الزيادة ... حاصل ... الموصى ... ك

أي له ... إلا أنه يمنع من التسليم لأن الإجازة ... كالهبة فيتخير ... التسليم ن س

للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت أما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق عبدا في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الإضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله قال فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة رح وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى في المسألتين والأصل فيه أن الوصايا

بأن ضمن بدل خلع امرأة رجل آخر فهو ضمان ... ضمان كفالة

إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ذلك وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولا دفع الأضعف وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رح إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق متقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال

قال ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رح وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه بما بقي لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه

قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان أعتقه في

أولى صح

والصحيح قول أبي حنيفة رح لأن دليله راجع إلى الذات ودليلهما راجع إلى الصفة والترجيح إذا تعارض واحد منهما راجع إلى الذات والآخر إلى الصفة فالترجيح للذي يرجع إلى الذات أقوى ...

فاجاز الورثة ان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا شيء عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء فصل

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه تقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده

فيبطل ما يبتني عليه وهو الوصية الا ترى انه لو ظهر على الميت دين وقد اوصى بعتق العبد لدين العبد يبطل الوصية بالعتق كذا الدفع

شرح الياس نسخه

لا يقال الكفارات من الواجبات لا من الفرائض فلا يصح لان يكون مثالا للفرائض لانا نقول ذكره مثل الحج في مثال لحقوق الله تعالى اعم من الفرائض والواجبات والدليل عليه ان المراد من الفرائض اعم من الواجب ذكره لان الفرائض اعم ... فيقول الفرائض لا فيه التي مقابل للفرض والواجب معا

مثل قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الى قوله يوم يحمى عليها في نار جهنم وفي الحج قوله فليمت ان شاء يهوديا وان شاء نصرانيا

على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رح قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن

قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت

قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل

قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به

به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده رح تقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الادنى

قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رح اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف

قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنس الرجل اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه يمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء

منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي
تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم
لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ
ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة
المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى
اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان
يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول
الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه
الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث
يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا قال ومن اوصى
لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة
آذن ذلك ان قصده التفضيل كما في الميراث قال ومن اوصى لمواليه وله موال
اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا
وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى
مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه
فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم
موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل
في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان
عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق
الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل
فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت
عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه
واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل
شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق
الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا

يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم
لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد
الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان
له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر
الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه
لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه
ينسب اليه بالولاء باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة قال وتجوز
الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع
يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في
الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه
كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما
يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة
العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت
رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة
وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكنه قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى
فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج
من الثلث حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء
وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو
اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول
هو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف
رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة
فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال
فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي

فى غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت الوصية
لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه
بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيم المنافع كعينها فى تحصيل المقصود
والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا
استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم
اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها
بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعى
رح له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها
كالاعيان بخلاف العارية لانها اباحة على اصلنا وليس بتمليك ولنا ان الوصية
تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة
فانها تمليك بغير بدل فى حال الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها
تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك
الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع
للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو فى وضعه
غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة
المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن
يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة
التى تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر
مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون
الموصى له واهله فى غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من
الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا فى مصره
فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا فى غيره
فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز
ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة فى جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة
تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار
بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن ابى

يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة
اذ هو المطالب ولا حق له فى عين الدار وانما حقه فى الغلة فلا يملك المطالبة
بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة
لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا
معلوما عطفا منه لاحدهما على الاخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية
لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون
الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث
ان الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما
فى بطنها لاخر وهى تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة
لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شئ لصاحب الظرف فى
المظروف فى هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها
فكذلك الجواب عند ابى يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له بها والولد
بينهما نصفان وكذلك فى اخواتها لابى يوسف رح ان بايجابه فى الكلام الثانى
تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا
البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم شيئا فى حال حيوة
الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها
وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك وفى اصلنا ان العام الذى موجبه ثبوت
الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل
منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب
الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثانى بخلاف
الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له
بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له
فيه حق وبخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص
او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص
قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها

وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش
وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق
ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص
على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا
اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان
يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف
على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف
الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات
فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه
الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه
لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها
كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع
اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما
فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد
البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية باب وصية الذمي
واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا
بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما
فلان هذه معصية فلا يصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من
الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية
فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين
قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في
معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى
انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم
فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية

بانه ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محرزا
خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة
فتبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرز لتعلق
حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية
لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاها في غير ما هو قربة عندهم
فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على
اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرنا
وما اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان
لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها
اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس
او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه
وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا
في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي
حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان
لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان
يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه
رحمهم الله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف
المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله
كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان
والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي
على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده
في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او
ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح

عقود التمليكات منه في حال الحيوة ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه
ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض
ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته باب الوصي

وما يملكه ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد
لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار
مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده
في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه
فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان
لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس
له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة
الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء
علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية
خلافة لاختصاصها بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف
على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه
كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بيناه من طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه
حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر
الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن
الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر
ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع
الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه
لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق
اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعد الدخول وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور

ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده
وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه
الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق
على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على
اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا
يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة
كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء
بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند
ابي حنيفة رح ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروى
مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح وجه القياس ان الولاية منعدمة
لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك
بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية
المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار
كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار
اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال
ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم القاضي اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة
وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر
باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل
به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس
للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه
فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم
على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان

ان يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهر
الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه
منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين
لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء
معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل منهما بالتصرف
في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى
فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة
وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد
كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد
بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض
فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي
الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك
القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى
لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا
يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا
لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها
من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي
ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في
التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم
لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه
يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده
من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه
لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر
ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه
يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى
والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية

خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال
وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى
المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى
كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد
على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين
واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات
احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد
بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان
في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى
الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر
ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة
رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره
لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي فاوصى الى آخر فهو وصي
في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت
الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه لا براي
غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في
النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين
فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه
المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره
بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل
غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته
الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه
ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث

اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان
يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون
الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان
القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة
فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له
شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة
قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي
لما بينا قال وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف
رح ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد رح
لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه به فهلك لا يلزمه
شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رح
ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها
ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه
وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها
قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له
غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير
الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر
افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض
لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي العبد من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز
لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان
في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة
والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء
حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه العاقد

العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم
له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال
ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول
اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع
التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامه
القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل
مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر
في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان
على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد
فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير
على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي
بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان
الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي
ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون
والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا
فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية
على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد
شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى
من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان
الوصية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا
في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان
لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسنا

لانه حفظ للتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار
فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الاب في الكبير وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم
قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي
احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه
مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه
وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه
قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم
عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا
فصل في الشهادة قال واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة
باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا
استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية
نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه
اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب
حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره
فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شهدا لوارث كبير يجوز
في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا
فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث
فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه
لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين
على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة
رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله وجه
القول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا
انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين فالشهادة
باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة
مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

واذا كان للمولود
ذكر وفرج فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو
انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول
وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه
هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان
ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند
ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان
للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة
لانه قد يكون للاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء
فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى
النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه
من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض
او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر
احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل

في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين

وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتن باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لبس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ وان حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي فهو حر او قال كل امة لي فهي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين اذ انه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره وان

مات فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد لعذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رح واختلفوا في قياس قوله قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة وفي حال اثلاث للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن فقصرنا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يوخذ فيه المتيقن كذا هذا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له

انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معهودة معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة ومرة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين مرسوم ... غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العباد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون هذا الجواب على تلك الرواية فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت

المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة قيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما اذا كان في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حال الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اكثر لانه لا ضرورة فيه والله اعلم

الحمد لله وفقنا للاتمام والصلوة والسلام على رسوله خير الانام وعلى آله العظام واصحابه الكرام اما بعد فقد وقع الفراغ من تسويد هذه النسخة الشريفة بعون الله تعالى وحسن توفيقه في اليوم الخامس من شهر ذي القعدة المنتظم في سلك شهور سنة سبع وعشرين ومائة والف على يد العبد الفقير [illegible]

كالاهلي اذا ند فانه في الذكوة مثل الوحشي

حمدک کافی شاهان ساوی سحاق خاتمه مولانا معین الدین لاب خوارزمی سفینه

حم ک ش س ہ م جو مـ